

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/66890> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Hoog, L.M. de

Title: De prioriteitsregel in het vermogensrecht

Issue Date: 2018-11-15

De prioriteitsregel in het vermogensrecht

De prioriteitsregel in het vermogensrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 15 november 2018
klokke 16.15 uur

door

Laurens Martijn de Hoog

geboren te Bergen op Zoom

in 1990

Promotor: prof. mr. W.G. Huijgen

Promotiecommissie: prof. mr. C.G. Breedveld-de Voogd
prof. dr. J.H.M. van Erp (Universiteit van Maastricht)
prof. mr. W.H.M. Reehuis (Rijksuniversiteit Groningen)
prof. mr. H.J. Snijders
prof. mr. W.J. Zwolve

Dit boek is gedrukt op een 100% gerecyclede papiersoort.

Lay-out: AlphaZet prepress, Bodegraven
Printwerk: Proefschriftmaken.nl

ISBN 978-94-93019-64-5

© 2018 L.M. de Hoog

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets in deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Het reprorecht wordt niet uitgeoefend.

No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, made available or communicated to the public, in any form or by any means, without the prior permission in writing of the publisher, unless this is expressly permitted by law.

Inhoudsopgave

AFKORTINGEN	IX
1 INLEIDING	1
1.1 Probleemstelling	1
1.2 Verantwoording en opzet van dit onderzoek	3
1.3 Methode	5
2 HET ROMEINSE RECHT	7
2.1 Inleiding	7
2.2 Goederenrechtelijke zekerheidsrechten	8
2.2.1 Algemeen	8
2.2.2 Collisie van zekerheidsrechten	11
2.2.3 Vestiging bij authentieke akte	16
2.2.4 Geprivilegieerde hypotheek	18
2.3 Goederenrechtelijke genotsrechten	20
2.3.1 Algemeen	20
2.3.2 Collisie van genotsrechten	22
2.4 Combinatie van zekerheids- en genotsrechten	27
2.5 Slotsom	31
3 HET ROOMS-HOLLANDSE RECHT	33
3.1 Inleiding	33
3.2 Van onderzetting	34
3.3 Het bijzondere gaat voor het generale zekerheidsrecht	36
3.4 Slotsom	41
4 HET NEDERLANDSE RECHT VOOR DE INVOERING VAN HET BURGERLIJK WETBOEK IN 1992	43
4.1 Inleiding	43
4.2 Het Nederlandse recht tot 1838	46
4.2.1 Ontwerp Commissie van Twaalf	46
4.2.2 Ontwerp Van der Linden	50
4.2.3 Wetboek Napoleon, ingericht voor het Koninkrijk Holland	53
4.2.4 Ontwerp 1816	54
4.2.5 Ontwerp 1820	57
4.2.6 Wetboek van 1830	58

4.3	Het Nederlandse recht onder het Burgerlijk Wetboek van 1838	60
4.3.1	De invoering van het Burgerlijk Wetboek	60
4.3.2	Goederenrechtelijke zekerheidsrechten	60
4.3.3	Goederenrechtelijke genotsrechten	61
4.3.4	Combinatie van zekerheids- en genotsrechten	63
4.4	Slotsom	68
5	Duits recht	71
5.1	Inleiding	71
5.2	Goederenrecht	73
5.2.1	Abstract stelsel	73
5.2.2	Prioriteit vloeit voort uit het systeem	74
5.2.3	Botsende pandrechten	75
5.2.4	Het <i>Grundbuch</i>	76
5.2.5	Rangorde naar moment van registratie	77
5.2.6	Het Pfändungspfandrecht	80
5.2.7	'Prioriteit' en insolventie	82
5.2.8	Collisie <i>Globalzession</i> en verlengd eigendomsvoorbehoud	83
5.3	Verbintenissenrecht	86
5.3.1	Geen rang tussen obligatoire rechten	86
5.3.2	Verzakelijke obligatoire rechten	87
5.4	Slotsom	89
6	Frans recht	91
6.1	Inleiding	91
6.2	Goederenrecht	93
6.2.1	Zekerheidsrechten op onroerend goed	93
6.2.2	Andere goederenrechtelijke rechten op onroerend goed	99
6.2.3	Zekerheidsrechten op roerend goed	100
6.2.4	Zekerheidsrechten op vorderingen	104
6.3	Verbintenissen in het Franse goederenrecht	106
6.3.1	De eigendomsverkrijging uit kracht der verbintenissen	106
6.3.2	Botsende verbintenissen bij de verkrijging van een goed	108
6.4	Verbintenissenrecht	113
6.5	Slotsom	115
7	De prior-temporeregels nader beschouwd	117
7.1	Inleiding	117
7.2	Een gevolg van de nemo-plusregel	117
7.2.1	Niemand kan meer rechten overdragen dan hij heeft	117

7.2.2	De voorstelling van het beperkte recht als een vorm van overdracht	119
7.2.3	Een op beschikkingsbevoegdheid gebaseerde verklaring voor de prioriteitsregel	121
7.2.4	Kritiek	123
7.3	Het karakter van het goederenrechtelijke recht	128
7.3.1	Het onderscheid tussen goederenrechtelijke en persoonlijke rechten	128
7.3.2	Absolute werking	129
7.3.3	Prioriteit versus paritas creditorum	131
7.4	Rechtvaardiging door publiciteit	133
7.4.1	Kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten	133
7.4.2	Registergoederen	134
7.4.3	Roerende zaken	136
7.4.4	Vorderingsrechten	139
7.5	Slotsom	142
8	PRIORITEIT IN HET GOEDERENRECHT	143
8.1	Inleiding	143
8.2	Prioriteit bij colliderende registergoederen	143
8.2.1	Rangorde naar volgorde van inschrijving	143
8.2.2	Gelijktijdige inschrijving	146
8.2.3	Afwijkende rangorde	150
8.3	Prioriteit bij colliderende pandrechten	162
8.3.1	Invoering stil pandrecht	162
8.3.2	Moment van totstandkoming	163
8.3.3	Derdenbescherming	166
8.3.4	Rangwisseling	172
8.4	Prioriteit bij een colliderend vruchtgebruik	177
8.5	Prioriteit bij meervoudige levering van toekomstige goederen	179
8.6	Rechtsvorderlijke aspecten	187
8.6.1	De prioriteitsregel in concreto	187
8.6.2	Een zekerheidsrecht als sterkste recht	187
8.6.3	Een genotsrecht als sterkste recht	190
8.7	Slotsom	194
9	PRIORITEIT BUITEN HET GOEDERENRECHT	197
9.1	Inleiding	197
9.2	Prioriteitstoepassing bij obligatoire rechten onderling	198
9.2.1	Gelijkheid van schuldeisers	198
9.2.2	Botsende rechten op levering	198
9.2.3	Analoge toepassing van artikel 3:298 BW	211
9.3	Obligatoire rechten met een zekere absolute werking	214
9.3.1	Het recht van huur	214
9.3.2	De Vormerkung	223
9.3.3	De kwalitatieve verplichting	234

9.4	Prioriteitstoepassing op het gebied van rechtsvordering	239
9.4.1	Blokkerende werking van beslag	239
9.4.2	Beslag op onroerende zaken	240
9.5	De notariële tussenkomst in vastgoedtransacties	243
9.6	Slotsom	249
10	CONCLUSIE	253
10.1	Typische toepassing	253
10.2	Atypische toepassing	258
10.3	Aandachtspunten	259
	SUMMARY	261
	LITERATUURLIJST	267
	TREFWOORDENREGISTER	287
	CURRICULUM VITAE	291

Afkortingen

AA	<i>Ars Aequi</i>
afd.	afdeling
A-G	Advocaat-generaal
ALR	Allgemeine Landrecht
art.	artikel(en)
BBW	Belgisch Burgerlijk Wetboek
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BIDR	<i>Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, chambres civiles</i>
BW (NBW)	Burgerlijk Wetboek
C.	Codex Justinianus
Cass. civ.	Cour de Cassation (chambre civile)
Cc	Code civil
chap.	chapitre
D.	Digesten
dec.	decisiones
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
e.v.	en volgende
Fw	Faillissementswet
Gai Inst.	Instituten van Gaius
GBO	Grundbuchordnung
GBV	Grundbuchverfügung
Gl.	Magna glossa ('Accursische glosse')
GPB	<i>Groot-Placaet Boek</i>
GrOM	<i>Groninger Opmerkingen en Mededelingen</i>
hfdst.	hoofdstuk
HGB	Handelsgesetzbuch
HR	Hoge Raad
I.	Instituten
InsO	Insolvenzordnung
Inv.	Invoeringswet
JBN	<i>Juridische Berichten voor het Notariaat</i>
JOR	<i>Jurisprudentie Onderneming en Recht</i>
Kadw	Kadasterwet
JZ	<i>Juristenzeitung</i>

KB	Koninklijk Besluit
KG	<i>Kort Geding</i>
KNB	Koninklijke Notariële Broederschap
m.nt.	met noot van
Mon.	monografieën
MvA (I/II)	Memorie van Antwoord (Eerste, Tweede Kamer)
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	<i>Maandblad voor Vermogensrecht</i>
NvW	Nota van Wijziging
NJ	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
NJB	<i>Nederlands Juristenblad</i>
no.	numéro
nr.	nummer
NTBR	<i>Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht</i>
OBW	Oud Burgerlijk Wetboek (1838)
OM	Ontwerp-Meijers
ontw.	ontwerp
p.	pagina('s)
par.	paragraaf
PG	Parlementaire Geschiedenis
pr.	principium
pres.	President
Pw	Pachtwet
Rb.	Rechtbank
RMThemis	<i>Rechtsgeleerd Magazijn Themis</i>
Rn	Randnummer
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
S.	<i>Recueil Sirey</i>
Stb.	<i>Staatsblad</i>
TCR	<i>Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging</i>
TM	Toelichting Meijers
TvR	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis</i>
UCC	Uniform Commercial Code
vgl.	vergelijk
W	<i>Weekblad van het regt</i>
Wna	Wet op het notarisambt
WNH	Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland
WPNR	<i>Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie</i>
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZZP	<i>Zeitschrift für Zivilprozess</i>

1 Inleiding

1.1 PROBLEEMSTELLING

Het Corpus Iuris Civilis doet met Codexbepaling 8,17(18),3 verslag van een conflict dat in het jaar 213 was ontstaan tussen twee schuldeisers omtrent hun onderlinge verhouding. De schuldeisers hadden allebei op hetzelfde stuk grond van de schuldenaar een pandrecht verkregen en de vraag was gerezen wie van hen het sterkste recht had. De Romeinse keizer Caracalla beslechtte het rangordegeschil aan de hand van de befaamd geworden vuistregel:

‘prior tempore, potior iure’

Wie eerder is in tijd, staat sterker in recht. De rangorde wordt derhalve bepaald door de volgorde van de tijdstippen waarop de zekerheidsrechten ten behoeve van de verschillende schuldeisers tot stand zijn gekomen. Dat betekent in concreto dat de oudste pandhouder zich eerst op de executieopbrengst mag verhalen alvorens de jongere aan de beurt komt.

De uitspraak van Caracalla heeft na bijna tweeduizend jaar nog niets aan betekenis ingeboet. Zo vermelden Reehuis en Heisterkamp in hun bewerking van het handboek Goederenrecht uit de Pitlo-serie:

‘De ‘prior-temporeregels’ bepaalt de rangorde van de verschillende pandrechten.’¹

Hoewel de gelding van de zogenoemde prioriteitsregel boven alle twijfel lijkt te zijn verheven, ontbreekt in het Burgerlijk Wetboek de codificatie ervan. In zijn toelichting op het ontwerp voor het huidige Burgerlijk Wetboek vermeldt E.M. Meijers dat hij het niet nodig heeft geacht om de prioriteitsregel uitdrukkelijk in het ontwerp neer te leggen.² De rechtskracht van de prioriteitsregel als ongeschreven regel wordt doorgaans verklaard aan de hand van het karakter van goederenrechtelijke rechten. Een goederenrechtelijk recht werkt tegenover eenieder. Vanwege die absolute werking zal iedere gerechtigde tot een later gevestigd goederenrechtelijk recht het eerder gevestigde moeten eerbiedigen.

1 Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/781. In dezelfde zin Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/128.

2 PG Boek 5 BW, TM, p. 3

Vanwege het onderscheid tussen persoonlijke en goederenrechtelijke rechten dat aan het systeem van het vermogensrecht ten grondslag ligt, beheerst de prioriteitsregel in beginsel alle rangordeconflicten in de verhouding tussen goederenrechtelijke rechten. Ten aanzien van meerdere inschrijvingen met betrekking tot een registergoed wordt hieraan uitdrukking gegeven in art. 3:21 BW. Daarin is opgenomen dat de volgorde der tijdstippen van inschrijving in beginsel de rangorde bepaalt.

In scherp contrast met de rangorde naar ouderdom in het goederenrecht heerst in het verbintenissenrecht het uitgangspunt van de gelijkheid van schuldeisers. Verbintenissen werken in beginsel uitsluitend tussen partijen. Er ontstaat dientengevolge geen rechtsverhouding tussen schuldeisers onderling. Indien zij verhaal zoeken op het vermogen van hun gezamenlijke schuldenaar, geldt als uitgangspunt dat zij pondspondsgewijs worden voldaan.

Niettemin betreedt de prioriteitsregel ook het toneel van het verbintenissenrecht. Zo wordt in het conflict van botsende rechten op levering het obligatoire recht dat eerder tot stand is gekomen begunstigd boven het later ontstane recht. Deze in art. 3:298 BW opgenomen regel laat zich niet verenigen met het verbintenisrechtelijke uitgangspunt dat schuldeisers gelijkgerechtigd zijn.

Bovendien kan de grens tussen het goederen- en verbintenissenrecht niet scherp worden getrokken. De introductie van rechtsfiguren als de kwalitatieve verplichting en de Vormerkung hebben het onderscheid doen vervagen. Met de toekenning van goederenrechtelijke aspecten aan dergelijke obligatoire rechten heeft de wetgever de prioriteitsregel het verbintenissenrecht binnengebracht.

Zijn status als ongeschreven rechtsregel enerzijds en anderzijds de toepassing buiten zijn oorspronkelijke context – hetgeen dat van botsende zekerheidsrechten lijkt te zijn – nodigen uit tot nader onderzoek naar de prioriteitsregel. In dit onderzoek worden prioriteitsconflicten geanalyseerd teneinde de strekking van de prioriteitsregel te duiden en zijn werking te verduidelijken. De hoofdvraag van dit proefschrift is gericht op de vaststelling van de functie en de concretisering van de toepassing van de prioriteitsregel in het vermogensrecht.

Aan de gefundeerde beantwoording van deze vraag moet een onderzoek voorafgaan dat in drie delen uiteenvalt. Het eerste deel is gericht op de oorsprong van de prioriteitsregel en diens doorgemaakte ontwikkeling tot aan de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek. In het tweede deel staat de prioriteitsregel in rechtsvergelijkend perspectief centraal, waarin de aandacht wordt gevestigd op zijn toepassing in het Duitse en Franse recht. Het laatste deel van dit drieluik wordt gevormd door een studie naar de juridisch-technische motivering die voor de gelding van de ongeschreven prioriteitsregel kan worden aangevoerd. Eerst daarna komt in het vierde deel van dit onderzoek de functie en de concrete toepassing van de prioriteitsregel binnen de kaders van het hedendaagse vermogensrecht aan de orde.

1.2 VERANTWOORDING EN OPZET VAN DIT ONDERZOEK

Deel I

Het eerste deel van het onderzoek is gericht op de in het Romeinse recht gelegen herkomst van de prioriteitsregel. Een belangrijke opmerking ter zake van het Romeinsrechtelijke hoofdstuk is dat het Corpus Iuris uitsluitend is bestudeerd voor zover deze rechtsbron van invloed is geweest op het moderne Nederlandse recht. Onder Romeins recht wordt om die reden niet verstaan het klassieke Romeinse recht, maar het gerecipieerde Romeinse recht dat als *ius commune* van Europa subsidiaire rechtskracht heeft gehad. In belangrijke mate is in dit kader uit het werk van de Pandektisten geput, omdat deze ‘wetenschappelijke benadering van het Romeinse recht’ ten grondslag ligt aan het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* dat op zijn beurt het huidige Nederlandse wetboek heeft beïnvloed. Daarmee beantwoordt de bestudering van het Romeinse recht in deze vorm aan het doel om het Nederlandse recht vanuit zijn oorsprong te kunnen verklaren.

Op het Romeinsrechtelijke hoofdstuk volgt met de hoofdstukken 2, 3 en 4 een studie naar de ontwikkeling die de prior-temporeregulering heeft doorgemaakt vanaf het Romeinse recht tot aan de invoering van het vermogensrechtelijk deel van het Burgerlijk Wetboek in 1992. Ik besef dat ik daarbij grote sprongen in de tijd neem en niet onbelangrijke perioden in de rechtshistorie buiten beschouwing laat. De sprong van het Romeinse naar het Rooms-Hollandse recht laat zich verantwoorden door het feit dat eerst onder het Rooms-Hollandse recht een van de Romeinsrechtelijke tradities afwijkende rangorderegulering kan worden waargenomen. Voor de vaststelling van de rangorde werd de prioriteitsregel destijds in bepaalde gevallen verdrongen door een regulering van gewoonterechtelijke origine. Aangezien deze regulering bovendien van belang is voor een goed begrip van de wijze waarop het zekerhedenrecht – als het oorspronkelijke toepassingsgebied van de prioriteitsregel – zich heeft ontwikkeld, verdient het recht uit deze periode nadere aandacht. In tegenstelling tot het middeleeuwse recht was het Rooms-Hollandse recht voor een gewichtig deel op schrift gesteld, zoals uiteengezet door zijn belangrijkste representant Hugo de Groot. Gekozen is voor het specifiek op het gewest Holland toegesneden recht vanwege zijn (ook op juridisch gebied) dominante positie binnen de Republiek.³ Het Rooms-Hollandse recht is bovendien van invloed geweest op de eerste Nederlandse codificatiepogingen, later ook op de wetsontwerpen uit de periode na de Napoleontische overheersing en zelfs op het Burgerlijk Wetboek van 1838.

3 Overigens moet worden opgemerkt dat binnen het gewest allerm minst sprake was van rechts-eenheid. Zo was er niet alleen gewoonterecht, maar ook diverse wetgeving van overheidswege die slechts rechtskracht had binnen een stad. Waar dit van belang is, zal hieraan aandacht worden besteed.

Deel II

Het tweede deel van het onderzoek – ondergebracht in de hoofdstukken 5 en 6 – plaatst de prioriteitsregel in rechtsvergelijkend perspectief. De externe rechtsvergelijking heeft als doel na te gaan welke argumenten voor zijn toepassing in buitenlandse rechtssystemen worden aangevoerd en hoe aldaar de toepassing van de prioriteitsregel uitvalt. Het rechtsvergelijkende deel beoogt daarmee een bron van inspiratie te onthullen voor inzichten en argumenten omtrent de toepassing van de prioriteitsregel. De keuze is gevallen op de rechtssystemen van Duitsland en Frankrijk omdat zij allebei doch in verschillende mate het Romeinse recht en daarmee de prior-temporeregels hebben gerecipeerd. Zij zijn daarnaast allebei van invloed geweest op de Nederlandse rechtsontwikkeling. Zo lag het Burgerlijk Wetboek van 1838 dicht tegen de Franse Code civil aan en is het Duitse recht een belangrijke inspiratiebron geweest voor de rechtsontwikkeling ten onzen in het begin van de twintigste eeuw alsmede voor het huidige Burgerlijke Wetboek. Waardevol voor de rechtsvergelijking is bovendien dat in beide rechtssystemen het belangrijkste toepassingsgebied van de prioriteitsregel – te weten het zekerhedenrecht – op verschillende manieren is vormgegeven. Het Duitse recht is daarnaast in het bijzonder relevant in het kader van de motivering van de prioriteitsregel op grond van de wetsystematiek omdat het sterk vasthoudt aan het onderscheid tussen het goederen- en verbintenissenrecht. Het Franse recht hanteert daarentegen een minder scherp onderscheid. Met het oog op de omvang van deze studie is voor de behandeling van meer dan twee rechtssystemen geen plaats. Een *common law* stelsel – hoewel de vergelijking hiermee in dit kader niet evident zinloos is – wordt niet in dit onderzoek betrokken. Gekozen is voor civil law-landen omdat bevindingen uit overeenstemmende rechtssystemen adequater op het Nederlandse recht kunnen worden toegepast.

Deel III

Teneinde de toepassing van de ongeschreven prioriteitsregel te kunnen concretiseren, is een juridisch-technische uitwerking van zijn motivering geboden, hetgeen het derde deel van het onderzoek beslaat. Aandacht zal worden besteed aan de veelvuldig aangedragen zienswijze waarin de prioriteitsregel aan de nemo-plusregel wordt gekoppeld alsmede aan mogelijke alternatieve opvattingen. Voorts wordt in deze nadere beschouwing in de kenbaarheid van oudere rechten een rechtvaardiging gezocht voor de prioriteitsregel.

Deel IV

De eerste drie delen van het onderzoek monden uit in het deel waarin de concrete toepassing van de prioriteitsregel in het hedendaagse vermogensrecht centraal staat. Aan het goederenrecht wordt als voornaamste toepassingsgebied van de prioriteitsregel een afzonderlijk – onder 8 genummerd – hoofdstuk gewijd. Het doel is niet om een uitputtende verhandeling te verzorgen van alle leerstukken die op enigerlei wijze verband houden met de

prioriteitsregel of daarvan invloed ondervinden. Evenmin wordt naar volledigheid gestreefd ten aanzien van de uitwerking van mogelijke conflict-situaties binnen de behandelde leerstukken. Toegespitst wordt op prioriteitsconflicten tussen goederenrechtelijke rechten binnen het algemene vermogensrecht. Waar de toepasselijkheid van de prioriteitsregel onmiskenbaar is, zal zijn functie en uitwerking nader worden onderzocht. Waar de prioriteitsregel wordt doorbroken, zal worden onderzocht in hoeverre dat met argumenten kan worden ondersteund. Deze kunnen onder meer worden teruggevonden in het negende hoofdstuk dat de prioriteitsregel buiten het goederenrecht centraal stelt. Rechten die op geen enkele wijze samenhangen met de prioriteitsregel worden slechts in dit onderzoek betrokken voor zover daaromtrent verwarring heerst in de literatuur.

1.3 METHODE

Voor dit onderzoek is de klassiek juridisch-dogmatische methode van tekst-uitleg en -interpretatie gehanteerd, die is gericht op wetgeving, wetstoelichting, rechtspraak, literatuur en ongeschreven rechtsregels. Getracht is zoveel mogelijk de oorspronkelijke bron te bestuderen. Met betrekking tot teksten uit het Corpus Iuris is gebruik gemaakt van de vertalingen van J.E. Spruit c.s.⁴ De hoofdstukken die op oud recht betrekking hebben, worden steeds ingeleid door een korte uiteenzetting van enkele factoren die op de inhoud en de totstandkoming van de rechtsbronnen van invloed zijn geweest. Een bestudering van regels zonder aandacht te besteden aan de historische context zou de zuiverheid van de onderzoeksresultaten in gevaar brengen. Om diezelfde reden wordt ook in de rechtsvergelijkende hoofdstukken aandacht besteed aan de rechtsontwikkeling en wordt de bespreking van de relevante rechtsregels ingebed in een ruimere benadering van het betreffende rechtstelsel. Geïsoleerde begrippen en leerstukken hebben weinig zeggingskracht. Een algemene beschouwing van het rechtstelsel en het rechtsgebied voorafgaand aan de bestudering van de rechtsregel is daarom onontbeerlijk.

In dit onderzoek vormen het grote verband en de oriëntatie op algemene grondbeginselen het middelpunt. Problematiek op detailniveau wordt diens-tengevolge in overwegende mate buiten beschouwing gelaten.⁵

4 J.E. Spruit e.a. (red.), *Corpus Iuris Civilis, tekst en vertaling I-XII*, Zutphen: De Walburg Pres/Den Haag: SDU/Amsterdam: Amsterdam University Press 1993-2012.

5 Dit onderzoek kan, zo men wil, in navolging van het door Stürner, *JZ* 2012, p. 11 en 12 gemaakte onderscheid tussen *Gebrauchsdogmatik* en *wissenschaftliche Dogmatik* worden ondergebracht bij de *wissenschaftliche Dogmatik*.

2 | Het Romeinse recht

2.1 INLEIDING

Het Romeinse recht heeft mede dankzij zijn receptie vanaf omstreeks 1100 de grondslag gelegd voor het moderne privaatrecht. Dit rechtvaardigt reeds in het algemeen een behandeling van het Romeinse recht in het kader van dit onderzoek. Bovendien is het Romeinse recht in het bijzonder van belang omdat men in de woorden van Keizer Caracalla – te weten *prior tempore potior iure* – de eerste codificatie aantreft van de prioriteitsgedachte.

Wanneer men spreekt van ‘het’ Romeinse recht moet men zich realiseren dat het *Imperium Romanum* sinds de stichting van Rome in 753 v.Chr. in het westen heeft bestaan tot 476 n.Chr. en in het oostelijke gedeelte zelfs tot 1453. Het is vanzelfsprekend dat alleen al vanwege de enorme tijdspanne niet kan worden gesproken van het Romeinse recht als zodanig. Toch wordt in dit onderzoek vrijwel uitsluitend aandacht besteed aan de codificatie die is opgesteld op last van Keizer Justinianus. Dat het hierbij gaat om een codificatie – later *Corpus Iuris Civilis* genoemd – die in de zesde eeuw n.Chr. tot stand is gekomen is geenszins bezwaarlijk omdat het Romeinse recht in deze vorm is gerecipieerd. Dit recht heeft als het gemene recht (*ius commune*) van Europa gegolden vanwege het grote gezag dat aan deze codificatie werd toegekend. Bovendien is het belangrijkste onderdeel van het wetboek, de zogeheten *Digesten*, samengesteld uit geschriften van klassieke Romeinse juristen waardoor dit deel inzicht verschaft in het recht uit de periode vanaf het begin van onze jaartelling tot halverwege de derde eeuw. Justinianus’ *Corpus Iuris*, waarin de prioriteitsregel van keizer Caracalla is opgenomen, vormt dan ook het uitgangspunt van het Romeinsrechtelijke onderdeel van deze studie.

Het prioriteitsprincipe heeft zijn wortels om precies te zijn in het zekerhedenrecht. Alvorens ik inga op de toepassing van de prior-temporeregel, bespreek ik de zekerheidsrechten in het algemeen. Enig inzicht in dit stelsel is namelijk onontbeerlijk voor een goed begrip van de onderhavige regel. Het accent zal vervolgens worden gelegd op collisies van verschillende zekerheidsrechten.

De thans gebruikelijke onderscheiding van beperkte rechten in zekerheidsrechten en genotsrechten, die niet met zoveel woorden kan worden teruggevonden in het wat minder dogmatisch maar juist casuïstisch te karakteriseren *Corpus Iuris*, zal ook in dit Romeinsrechtelijke deel worden gehanteerd, zodat duidelijk wordt of het toepassingsgebied van de prioriteitsregel zich ook uitstrekt over de genotsrechten. Ter zake van de genots-

rechten zal, voorafgegaan door een korte algemene beschouwing, eveneens de nadruk komen te liggen op mogelijke collisies van verschillende rechten.

2.2 GOEDERENRECHTELIJKE ZEKERHEIDSRECHTEN

2.2.1 Algemeen

Een schuldeiser die de persoonlijke gebondenheid van zijn schuldenaar wilde versterken en zich tevens wilde verzekeren van een preferentie in diens faillissement, kon een zekerheidsrecht doen vestigen.¹ Het Romeinse recht kent twee beperkte goederenrechtelijke zekerheidsrechten, te weten *pignus*² en *hypotheca*.³ Het verschil tussen deze zekerheidsrechten is niet – zoals thans het geval is – gelegen in de aard van het object dat wordt bezwaard,⁴ maar in de vestigingsformaliteiten:

‘In eigenlijke zin noemen wij “pand” dat wat overgaat naar de schuldeiser, en spreken wij van “hypothek”, wanneer noch de zaak noch het bezit overgaat naar de schuldeiser.’⁵

1 De klassieke Romeinse juristen erkenden reeds dat goederenrechtelijke zekerheidsrechten een hoge mate van zekerheid verschaffen. Zie D. 50,17,25 (Pomponius). Niettemin hebben de Romeinen opmerkelijk genoeg een zekere voorkeur gehad voor een andere zekerheidstelling van een vordering, te weten de overeenkomst van borgtocht. Zie voor een omschrijving van borgtocht I. 3,20 pr.: ‘Een derde die zich verbindt voor iemand die belooft, noemt men borg’. Vgl. art. 7:850 BW. Een borgstelling was voor een schuldeiser een teken van economische en morele betrouwbaarheid van een schuldenaar, hetgeen in een cultuur als die van de Romeinen van grote waarde was. Zie Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 4 en 5, Kaser I (1971), p. 457. Dat het vinden van een borg de kredietwaardigheid van de schuldenaar bezegelt, laat zich illustreren door de wijze van executie. De executie, die dus ook de borg boven het hoofd hing, betrof ongeacht de hoogte van de vordering steeds het gehele vermogen van de schuldenaar. Zie Kaser 1982, p. 217.

2 Met de term *pignus* duidt men oorspronkelijk het recht van pand aan dat wordt gevestigd door middel van bezitsverschaffing. Later is het ‘bezitloze’ zekerheidsrecht ontstaan dat wordt aangeduid met de term *hypotheca*. Zie Kaser I (1971), p. 463. De term *pignus* kan duiden op het goederenrechtelijke zekerheidsrecht in het algemeen, alsmede op het zekerheidsrecht dat wordt gevestigd door middel van bezitsverschaffing in het bijzonder. Zie Kaser 1982, p. 130 en 131.

3 Deze rechten hebben zich ontwikkeld naast de *fiducia cum creditore*. Zie Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 93-95. Deze oudste vorm van goederenrechtelijke zekerheid is een overdracht ten titel van zekerheid. Er wordt hierbij dus geen beperkt recht gevestigd dat naast het eigendomsrecht bestaat, maar het volledige eigendomsrecht wordt overgedragen. Toen Justinianus in 531 de *mancipatio* als wijze van eigendomsoverdracht had afgeschaft, verdween ook de *fiducia*, die dan ook niet in het Corpus Iuris voorkomt. Zie C. 7,31,1,5 en Kaser II (1975), p. 313. Zie nader over de fiducia G. Noordraven, *De fiducia in het Romeinse recht* (diss. UvA), Deventer: Kluwer, Arnhem: Gouda Quint 1988.

4 Art. 3:227 BW bepaalt: ‘Is het recht op een registergoed gevestigd, dan is het een recht van hypotheek; is het recht op een ander goed gevestigd, dan is het een recht van pand’.

5 D. 13,7,9,2 (Ulpianus).

Voor de vestiging van een pandrecht is vereist dat naast het sluiten van de overeenkomst van pandgeving ook het bezit van de zaak aan de schuldeiser wordt verschafte, terwijl het recht van hypotheek bij enkele overeenkomst kan worden gevestigd. Strikt genomen kan een pandgever ook de feitelijke heerschappij over de verpande zaak behouden omdat het bezit *constituto possessorio* kan worden verschafte.⁶ Daarmee is het onderscheid tussen pand en hypotheek zo sterk vervaagd dat alleen de klank van de naam van deze rechtsfiguren verschilt.⁷ De rechtsgevolgen van beide figuren zijn immers dezelfde.

Met de constructie van 'bezitloze' zekerheidsrechten is het risico ontstaan dat de zekerheidsgever de zaak overdraagt aan een derde.⁸ Een dergelijke overdracht heeft echter geen invloed op het recht van de zekerheidsnemer omdat aan hem een goederenrechtelijke actie toekomt – de *actio Serviana*⁹ – waarmee hij de bezwaarde zaak van een ieder kon opeisen.¹⁰ Deze actie werd dan ook niet ingesteld tegen de pandgever als zodanig, maar tegen de bezitter van de met het zekerheidsrecht belaste zaak. Pand- en hypotheekrechten hebben derhalve goederenrechtelijke werking. Het inroepen van de *actio Serviana* geeft de pandhouder strikt genomen nog niet het recht om de zaak ook te verkopen, het pandrecht is oorspronkelijk slechts een bezitsrecht (*ius possidendi*).¹¹ Alleen indien in de pandovereenkomst een verkoopbeding (*pactum de vendendo*) was opgenomen, had de zekerheidsnemer de bevoegdheid om de bezwaarde zaak te gelde te maken als de schuldenaar niet aan zijn betalingsverplichting kon voldoen.¹² Deze bevoegdheid tot verkoop werd later geacht stilzwijgend te zijn verleend bij iedere zekerheidsovereenkomst met als gevolg dat de zekerheidsnemer in het geval van niet-nakoming door de schuldenaar van rechtswege een recht van verkoop (*ius vendendi*) toekwam.¹³

6 Zie D 43,26,6,4 (Ulpianus) en Kaser 1982, p. 170 e.v.

7 D. 20,1,5,1 (Marcianus).

8 Zie Kaser 1982, p. 29 en 30.

9 Men komt deze actie onder meer tegen onder de benamingen *actio pigneraticia*, *actio hypothecaria*, *vindicatio pignoris* en *actio quasi Serviana*. Zie Kaser 1982, p. 153 en Van Oven 1948, p. 174.

10 Zie Kaser 1968, p. 27-29 en Kaser I (1971), p. 472 en 473.

11 Zie Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 84 en 85, Van Oven 1948, p. 175 en 176.

12 Aanvankelijk werd in de pandovereenkomst het zogeheten vervalbeding (*lex commissoria*) opgenomen dat ertoe strekte dat de zekerheidsnemer van rechtswege eigenaar van de bezwaarde zaak werd als de schuldenaar in gebreke was met het betalen van de schuld. Nadat keizer Constantijn de toepassing van het vervalbeding uitdrukkelijk verbood (zie C. 8,45(35),3, vgl. het huidige art. 3:235 BW), werd het gebruikelijk om een *pactum de vendendo* in de pandovereenkomst op te nemen. Zie Dernburg, Pfandrecht II (1864), p. 273-279 en Kaser 1982, p. 19-21 en 49.

13 Zie D. 13,7,4 (Ulpianus), waarover Kaser 1982, p. 21 en 77, Van Oven 1948, p. 176.

Het was in de Romeinse praktijk mogelijk – ja zelfs gebruikelijk¹⁴ – om een zekerheidsrecht te vestigen op het gehele vermogen van de debiteur.¹⁵ De mogelijkheid hiertoe werd geboden door het feit dat een zekerheidsrecht bij enkele overeenkomst kon worden gevestigd. Zekerheidsrechten konden dus drukken op afzonderlijke vermogensbestanddelen – in welk geval men pleegt te spreken van een bijzonder zekerheidsrecht – alsook op het gehele vermogen van de zekerheidsgever, een zogenaamd generaal zekerheidsrecht. Een generale hypotheek kenmerkt zich door het feit dat de te bezwaren zaken niet individueel hoeven te worden benoemd.¹⁶ Een dergelijk zekerheidsrecht strekt zich uit over het ten tijde van de vestiging bestaande vermogen¹⁷ alsmede het toekomstige vermogen van de zekerheidsgever.¹⁸ Uiteraard had ook een generaal hypotheekrecht goederenrechtelijke werking, zodat het zekerheidsrecht op de zaken blijft rusten als ze worden overgedragen aan een derde.¹⁹ Een generale hypotheek werd veelvuldig gevestigd naast een bijzonder zekerheidsrecht om zo de schuldeiser nog meer zekerheid te verschaffen.²⁰ Niettemin kon een generale hypotheek ook zelfstandig worden gebruikt.

In het Romeinse systeem van zekerheidsrechten kon een hypotheek niet alleen ontstaan bij overeenkomst – de zogenaamde conventionele hypotheek – maar ook voortvloeien uit de wet.²¹ Deze zogeheten legale hypotheeken hebben zich in de eerste plaats ontwikkeld uit bestendig gebruikelijke bedingen.²² Zo werd bijvoorbeeld een zekerheidsrecht van de verhuurder

14 Zie D. 20,1,15,1 (Gaius) en Dernburg, *Pfandrecht I* (1860), p. 501.

15 Zie D. 20,1,1 pr. (Papinianus).

16 Zie nader over de terminologische aspecten van de generale hypotheek Wagner 1968, p. 4-13.

17 De omvang van de door een generale hypotheek bezwaarde vermogensbestanddelen was niet onbeperkt. Uit D. 20,1,6 (Ulpianus) blijkt dat 'een generale hypotheek zich niet uitstrekt over zaken die een willekeurig iemand naar alle waarschijnlijkheid afzonderlijk niet zou hebben verbonden'. Zie voorts over de objecten die vatbaar zijn voor bezwaring met een generaal hypotheekrecht Dernburg, *Pfandrecht I* (1860), p. 504-506.

18 Dat het generale hypotheekrecht ook toekomstige zaken omvat volgt uitdrukkelijk uit C. 8,16(17),9,1, waarover Dernburg, *Pfandrecht I* (1860), p. 502 en Windscheid/Kipp I (1906), p. 1151.

19 Zie Dernburg, *Pfandrecht I* (1860), p. 509-510. Men dient overigens hiervan te onderscheiden de eveneens in het Romeinse recht voorkomende constructie die blijkt uit D. 20,1,34 pr. (Scaevola). De schuldenaar heeft in de aldaar omschreven situatie zijn vlottende winkelvoorraad verpand. In dit geval rust het zekerheidsrecht op veranderlijke zaken, die worden bepaald op het moment van opeisbaar worden van de vordering van de schuldeiser. Deze zekerheidsconstructie onderscheidt zich van de generale hypotheek door het ontbreken van zaaksgevolg.

20 Zie Kaser I (1971), p. 466.

21 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat een zekerheidsrecht ook kon ontstaan bij rechtelijke beschikking en bij testament. Zie Dernburg, *Pfandrecht I* (1860), p. 286-291 en 400 e.v. en Windscheid/Kipp I (1906), p. 1166-1171.

22 Zie Zwalm 2006, p. 481. Pas in de latere rechtswetenschap is men in dit kader van legale hypotheeken gaan spreken. Deze hypotheeken worden dan ook uiteindelijk gebaseerd op het gerecipieerde Romeinse recht. Zie Dernburg, *Pfandrecht I* (1860), p. 292-294.

op de inboedel van de huurder geacht stilzwijgend tot stand te zijn gekomen.²³ Daarnaast werden legale hypotheke bij keizerlijke constitutie in het leven geroepen. Men denke aan het zekerheidsrecht op het gehele vermogen van de belastingplichtige dat van rechtswege aan de fiscus toekwam.²⁴ Legale hypotheke, die ook weer kunnen worden onderverdeeld in generale en bijzondere hypotheke, kwamen dus tot stand onafhankelijk van de wil van de eigenaar om zaken in pand te geven.²⁵

2.2.2 Collisie van zekerheidsrechten

Een schuldenaar die een beperkt zekerheidsrecht vestigt op zijn zaak ten behoeve van een schuldeiser, behoudt de eigendom en daarmee de bevoegdheid om over de zaak te beschikken.²⁶ Het staat hem derhalve vrij de zaak nogmaals te bezwaren ten behoeve van een andere schuldeiser.²⁷ Aanvankelijk werd het zekerheidsrecht gevestigd onder de opschortende voorwaarde dat het eerste recht teniet gaat.²⁸ Vanaf het einde van de klassieke tijd wordt aangenomen dat ook tweede en latere pandnemers onmiddellijk een onvoorwaardelijk recht krijgen en alle over de *actio Serviana* beschikken.²⁹ Nu meerdere schuldeisers een beperkt recht kunnen verkrijgen op eenzelfde zaak, rijst de vraag hoe de verschillende zekerheidsnemers zich tot elkaar verhouden. Blijkens een constitutie van keizer Antoninus – beter bekend onder zijn bijnaam Caracalla – is de rangorde tussen de crediteuren met een beperkt zekerheidsrecht afhankelijk van het tijdstip waarop ieders recht is gevestigd:

‘Indien u het perceel grond in pand hebt verkregen voordat het ten gunste van de stad als pand werd verbonden, staat u zoals u eerst bent in tijd, ook het sterkst wat betreft het recht.’³⁰

De hieruit volgende vuistregel *prior tempore potior iure* bepaalt dat een schuldeiser die eerder een zekerheidsrecht heeft verkregen, hoger gerangschikt is dan een schuldeiser ten behoeve van wie later een zekerheidsrecht

23 Zie D. 20,2,3 (Ulpianus) en Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 294 e.v.

24 Zie C. 8,15,1; C. 8,15,2 en D. 49,14,46,3 (Hermogenianus), Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 334-354.

25 Zie voor andere voorbeelden van legale generale hypotheke de opsomming in Windscheid/Kipp I (1906), p. 1161-1166 en uitgebreid Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 354-400 en voor legale bijzondere hypotheke Windscheid/Kipp I (1906), p. 1159-1161 en Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 294-334.

26 Zie Potjewijd, diss. 1998, p. 64-68 en Kaser 1968, p. 29.

27 Het spreekt voor zich dat een zaak geen tweede maal in pand kan worden gegeven omdat een pandgever niet aan opvolgende pandnemers het bezit van de zaak kan verschaffen.

28 Zie D. 20,1,15,2 (Gaius), waarover Kaser 1968, p. 33-34 en Kaser I (1971), p. 467.

29 Zie D. 20,1,10 (Ulpianus), Kaser 1968, p. 43 en 44.

30 C. 8,17(18),3.

is gevestigd.³¹ De gedachte is dat een oudere zekerheidsnemer geen hinder mag ondervinden van het feit dat de zaak nadien nogmaals ten behoeve van een andere schuldeiser is verpand.³² De regel *prior tempore potior iure* wordt toegepast ongeacht de vraag of het zekerheidsrecht een recht van pand dan wel hypotheek betreft.³³ Steeds is de volgorde van vestiging doorslaggevend. Ook executieconflicten tussen twee schuldeisers met een bijzonder respectievelijk generaal hypotheekrecht, worden in beginsel opgelost aan de hand van de hoofdregel *prior tempore potior iure*:

'Wie het vermogen van zijn schuldenaar in zijn geheel in pand gekregen heeft, heeft een sterker recht dan degene aan wie daarna een stuk grond uit dat vermogen in pand gegeven wordt, ook al kan hij zijn geld uit de rest van het vermogen terugkrijgen. [...]'³⁴

Bovenstaand rescript beschrijft de situatie van een eerste schuldeiser met een generaal zekerheidsrecht die in een executieconflict komt met een latere schuldeiser met een bijzonder zekerheidsrecht. Blijkens het advies staat de schuldeiser met het generale zekerheidsrecht sterker in recht omdat zijn recht eerder is gevestigd. De rangorde komt tot stand aan de hand van de volgorde van vestiging, zelfs al zou de latere zekerheidsnemer een recht van vuistpand hebben gevestigd. Niet alleen komt slechts aan de eerste zekerheidsnemer de executiebevoegdheid toe, het staat hem tevens vrij te kiezen op welke zaak uit het vermogen van de schuldenaar hij zijn vordering wil verhalen.³⁵

Een schuldeiser met een zekerheidsrecht dat is gevestigd na een eerder tot stand gekomen zekerheidsrecht, moest het recht van de vroegere – en daarmee sterker gerechtigde – zekerheidsnemers dulden. Wanneer de eerste pandnemer executeert, kan deze zijn vordering uit de opbrengst van de verkoop verhalen alvorens een latere pandnemer zijn verhaalsrecht kan uit-

31 Tegen de *actio Serviana* die werd ingesteld door een jongere pandnemer, kon de oudst gerechtigde zich verweren met de zogenaamde *exceptio rei sibi ante pignoratæ* (het verweer dat de zaak eerder aan hem was verpand). Andersom kon de oudst gerechtigde de zaak uiteraard wel met succes bij jongere zekerheidsnemers opeisen. Zie D. 44,2,19 (Marcellus), D. 20,4,12 pr (Marcianus), Wacke 1969, p. 369 e.v. Met het gebruik van excepties kwam de rangorde in de praktijk tot haar recht, aldus Van Oven 1948, p. 181.

32 Zie C. 8,17(18),6.

33 D. 20,4,12,10 (Marcianus).

34 D. 20,4,2 (Papinianus). Zie hierover Van Hoof, diss. 2015, p. 18.

35 De keuzevrijheid van de schuldeiser volgt uit D. 20,5,8 (Modestinus). Dit kan anders zijn in het geval van een schuldeiser ten behoeve van wie zowel een generaal als een bijzonder zekerheidsrecht is gevestigd, die in een executieconflict komt met een andere schuldeiser met een bijzonder zekerheidsrecht. Blijkens C. 8,13(14),2 dient de eerste schuldeiser zich onder omstandigheden eerst te verhalen op de bijzonder aan hem verpande zaken. Zie nader over deze uitzondering Koops, diss. 2010, p. 48-50.

oefenen op hetgeen wat overblijft (*superfluum*³⁶).³⁷ Zo lang er oudere pandrechten bestaan, strekt het pandrecht van een latere pandnemer zich in feite slechts uit over het *superfluum*.³⁸

Een ander probleem voor een tweede pandnemer is het feit dat de bevoegdheid om de zaak te verkopen krachtens het verkoopbeding slechts aan de oudste zekerheidsnemer toekomt.³⁹ Een tweede pandnemer is voor zijn verhaalsmogelijkheid derhalve afhankelijk van het initiatief van de eerste pandnemer. Zolang de eerste zekerheidsnemer niet tot executie overgaat, kan de lager gerangschikte crediteur zijn vordering niet op het bezwaarde goed verhalen. Dit levert onder omstandigheden een voor de tweede pandnemer erg nadelige situatie op. Denk aan het geval dat de schuldenaar jegens de tweede pandnemer zijn verplichting niet nakomt, maar de vordering van de eerste pandnemer nog niet opeisbaar is dan wel deze eerste pandnemer in het geheel niet tot executie wil overgaan. Een tweede of verdere zekerheidsnemer kon aanvankelijk alleen opklimmen indien alle eerdere schuldeisers werden voldaan en diens oudere pandrechten aldus anders dan door executie teniet gingen.⁴⁰ Om aan het bezwaar van de passieve positie van latere pandnemers tegemoet te komen, is aan hen het zogenoemde *ius offerendi et in locum succedendi* (het recht om aan te bieden en op te volgen) toegekend.⁴¹ De tweede pandnemer mag aan de hoogst gerangschikte schuldeiser de betaling van diens vordering aanbieden met als gevolg dat hij in de plaats van eerste pandnemer opvolgt en tot executie over kan gaan.⁴² Het vorenstaande geldt ongeacht de vraag of de schuldeiser de betaling aanneemt.⁴³

Opgemerkt moet worden dat er in de Romeinse rechtspraktijk weinig conflicten waren tussen verschillende pandhouders.⁴⁴ Iedere schuldeiser was aanvankelijk – ondanks het gebrek aan registratie en publicatie, waarover meer in de paragraaf hierna – goed op de hoogte van de door hem ingenomen rang. Dit is in de eerste plaats het gevolg van de plicht van de zekerheidsgever om een verklaring af te leggen over het al dan niet bestaan van

36 Het overschot treft men in D. 20,4,20 (Tryphoninus) aan onder de benaming *hyperocha*. Zie Kaser 1968, p. 60.

37 De executerende pandnemer is gehouden het *superfluum* af te geven aan de volgende pandhouder, aan wie ter zake van die afgifte de *actio Serviana utilis* ten dienste staat. Zie D. 20,4,12,5 (Marcianus), Kaser I (1971), p. 467 en 468. Indien er geen andere schuldeisers met een goederenrechtelijk zekerheidsrecht zijn, kan de geëxecuteerde met de *actio pignoratitia* het overschot terugvorderen. Zie Kaser 1968, p. 67 en Kaser I (1971), p. 537.

38 Zie Kaser 1968, p. 40.

39 Zie C. 8,17(18),8; C. 8,19(20),3; D. 20,3,3 (Paulus), Dernburg, Pfandrecht II (1864), p. 482-486, Kaser 1968, p. 45 en Kaser I (1971), p. 467.

40 Zie C. 8,17(18),1 en C. 8,17(18),8. In geval van executie treedt zuivering op, waardoor alle later gevestigde beperkte rechten – en dus ook dat van de tweede pandnemer – op het goed tenietgaan. Zie C. 8,19(20),1 pr.

41 Zie hieromtrent Dernburg, Pfandrecht II (1864), p. 518-525, Kaser 1968, p. 45-48, Kaser I (1971), p. 467, Van Oven 1948, p. 182 en Out, diss. 2005, p. 95-100.

42 Zie D. 20,5,5 pr. (Marcianus).

43 Zie D. 20,4,11,4 (Gaius).

44 Zie Wacke 1969, p. 398.

andere op de zaak rustende beperkte rechten en de zware strafrechtelijke sancties die aan het verzuimen van die plicht verbonden waren.⁴⁵ Een schuldenaar die het bestaan van andere pandnemers verzwegen, pleegde daarmee een *crimen stellionatus* (misdrijf van schurkerij).⁴⁶ Het proces wegens *stellionatus* bracht *infamia*⁴⁷ met zich mee en een veroordeling kon leiden tot verbanning of zelfs tot dwangarbeid in de mijnen.⁴⁸ Van deze strafrechtelijke sancties ging een grote afschrikwekkende en daarmee preventieve werking uit. In de tweede plaats bood een akte van de desbetreffende zekerheidsverlening die in de regel werd opgemaakt een zekere bescherming aan latere pandnemers tegen onbekendheid van eerdere bezwaringen.⁴⁹ Het opmaken van een pandakte was echter geen constitutief vereiste en het feit dat een dergelijke akte gebrekkig was opgemaakt stond dientengevolge ook niet aan de geldigheid van het pandrecht in de weg.⁵⁰ Bovendien geven verschillende passages uit de Digesten blijk van een gebrekkig functioneren van de akte in het kader van de bescherming tegen onbekendheid van eerdere belastingen.⁵¹ Aangezien het gebruik was om in de akte alleen het jaar en de dag te vermelden, ontstonden er prioriteitsconflicten tussen schuldeisers die op dezelfde dag een zekerheidsrecht hadden verkregen.⁵² De vraag dient zich aan of men ter zake van het tijdstip van de vestiging van een zekerheidsrecht moet aanknopen bij de dag of bij het uur van de vestiging. In het Corpus Iuris is geen duidelijk antwoord op deze vraag te vinden en ook in de literatuur komt men niet tot een eenduidig antwoord.

Enerzijds wordt wel aangenomen dat de Romeinen slechts onderscheid maakten tussen de dagen van vestiging.⁵³ Naar Romeins gebruik werd een dag immers als een ondeelbare tijdseenheid beschouwd.⁵⁴ Twee op dezelfde

45 Zie D. 20,1,15,2 (Gaius).

46 Zie D. 13,7,36,1 (Ulpianus), Dernburg, Pfandrecht II (1864), p. 8 en Wacke 1969, p. 399.

47 *Infamia* (eerloosheid) moet een erg pijnlijke blaam zijn geweest in het Romeinse sociale leven dat wij slechts bij benadering kennen, aldus Van Oven 1948, p. 235. Zie D. 47,20,2 (Ulpianus) en D. 3,2,13,8 (Ulpianus).

48 Zie D. 13,7,36,1 (Ulpianus).

49 Zie Dernburg, Pfandrecht II (1864), p. 417, Wacke 1969, p. 399 en Van Oven 1948, p. 176 en 177.

50 Dat de rechtshandeling tot vestiging van een hypotheek vormvrij kan worden verricht volgt uit D. 20,1,4 (Gaius). In D. 20,1,34,1 wordt de rechtsvraag gesteld of het ontbreken van de dag en het jaar in een pandakte ertoe leidt dat een pandrecht niet geldig tot stand gekomen is. Scaevola beantwoordt deze vraag ontkennend. Zie Dernburg, Pfandrecht I (1860), p. 218.

51 Zo kwam het voor dat de akte zoek was geraakt, dat de datum niet dan wel niet juist was vermeld of dat de zekerheidsgever niet op de hoogte was van bezwaringen van zijn rechtsvoorganger. Zie achtereenvolgens D. 44,2,30,1 (Paulus), D. 48,10,28 (Modestinus), D. 20,1,34,1 (Scaevola), waarover Wacke 1969, p. 399 en 400.

52 Zie D. 20,1,34,1 (Scaevola) waarin nadrukkelijk wordt gevraagd of het ontbreken van het *jaar* en de *dag* in de pandakte afdoet aan de geldigheid van een pandrecht. Zie Dernburg, Pfandrecht II (1864), p. 411.

53 Deze opvatting wordt verdedigd door Windscheid/Kipp I (1906), p. 1229. Zie ook Zwalm 2000, p. 9.

54 Zo blijkt uit D. 2,12,8 (Paulus).

dag gevestigde pandrechten zijn in deze visie gelijktijdig tot stand gekomen. Het gevolg van een gelijktijdige totstandkoming – en dat vermeldt het *Corpus Iuris* wel – is dat deze rechten gelijk gerangschikt zijn.⁵⁵ Conflicten tussen gelijk gerangschikte pandhouders zouden aldus worden opgelost dat aan de bezitter een bepaalde exceptie toekomt waarmee hij de feitelijke macht kan behouden als een zekerheidsnemer van gelijke rang de zaak bij hem opeiste.⁵⁶ Nu alleen de bezitter de zaak te gelde kan maken omdat alleen deze de zaak door middel van bezitsverschaffing aan de koper kan leveren, kan diens positie als de sterkste worden beschouwd.⁵⁷ De met een vuistpandnemer concurrerende, niet in het bezit zijnde zekerheidsnemer die zijn recht op dezelfde dag heeft verkregen, kan *de facto* zijn recht van verkoop niet uitoefenen.

Anderzijds wordt het standpunt verdedigd dat er een verdergaand onderscheid moet worden gemaakt en dat het precieze tijdstip van de vestiging juist wel doorslaggevend is.⁵⁸ Het ligt niet in de rede dat het recht van een zekerheidsnemer kan worden geschaad door een zekerheidsnemer die op dezelfde dag, maar op een later tijdstip een zekerheidsrecht op dezelfde zaak verkrijgt.⁵⁹ Er is immers geen reden om de latere zekerheidsnemer een gelijkwaardig – en in het geval dat de tweede schuldeiser een vuistpand neemt zelfs sterker – recht toe te kennen omdat het tijdstip van eerdere bezwaringen voor hem irrelevant is. Een bezwaring van de dag ervoor is voor hem even goed kenbaar als een bezwaring op een vroeger tijdstip diezelfde dag. Door de inlichtingenplicht die op de pandgever rust, is het de schuldeiser in de regel duidelijk welke goederenrechtelijke positie hij inneemt, te weten die van tweede pandhouder. Indien de pandgever deze plicht verzuimt, kan het niet zo zijn dat het tweede pandrecht de ene dag de gedeelde eerste rang inneemt en de dag erna de tweede rang. Dit zou alleen anders zijn indien een stelsel van registratie en publicatie met zich meebrengt dat de eerdere bezwaring eerst na de publicatie ervan kenbaar is aan de tweede pandnemer. In dat geval is het goed denkbaar dat een vóór die publicatie gevestigd tweede pandrecht dezelfde rang inneemt als het eerste. De Romeinen hanteerden een dergelijk stelsel echter niet.⁶⁰

Toch kunnen de passages uit de *Digesten* waarin de situatie van gelijktijdig gevestigde zekerheidsrechten zich voordoet,⁶¹ wel worden verklaard. Aangezien naar Romeins gebruik alleen de dag van de vestiging in de akte wordt opgenomen, zal soms moeilijk te achterhalen zijn welk recht de hoogste rang inneemt. Indien het precieze tijdstip van vestiging niet bewezen kan

55 Zie D. 13,7,20,1 (Paulus).

56 De exceptie 'als niet overeengekomen is dat dezelfde zaak ook mij tot pand zou dienen' wordt genoemd door Ulpianus in D. 20,1,10.

57 Zie Dernburg, *Pfandrecht II* (1864), p. 406.

58 Voorstanders van deze zienswijze zijn Dernburg, *Pfandrecht II* (1864), p. 410 en 411, Wacke 1969, p. 405-407 en Sirks, *BIDR* 1986, p. 307.

59 Aldus ook Dernburg, *Pfandrecht II* (1864), p. 410.

60 De problematiek omtrent de publicatie komt nader aan de orde in par. 2.2.3.

61 Zie D. 20,1,10 (Ulpianus) en D. 20,1,16,8 (Marcianus).

worden, moeten beide zekerheidsrechten worden beschouwd als waren zij gelijktijdig gevestigd. In dat geval zal overeenkomstig D. 20,1,10 moeten worden geoordeeld dat de zekerheidsnemer die de zaak in zijn macht heeft, de sterkste positie inneemt. Voorts kan er sprake zijn van schuldeisers met een gelijke rang indien zij hierover overeenstemming hebben bereikt.⁶²

2.2.3 Vestiging bij authentieke akte

Het stelsel van de goederenrechtelijke zekerheidsrechten is, naar veler gevoelen, een gebrekkig onderdeel van het Romeinse recht.⁶³ Dit is in niet geringe mate het gevolg van het ontbreken van publiciteit. Zoals hierboven reeds aan de orde kwam, is de enige waarborg tegen de onbekendheid van oudere – en conform de regel *prior tempore potior iure* daarmee ook sterkere – beperkt gerechtigden gelegen in de strafrechtelijke sancties die een zekerheidsgever boven het hoofd hangen als deze verzuimt om de zekerheidsnemer in te lichten omtrent eerdere bezwaren. Men kan zich de situatie voorstellen dat men in een handelspraktijk die steeds omvangrijker en onpersoonlijker wordt, een roerende zaak belast met een zekerheidsrecht, waarna een eerdere – weliswaar onbekende – crediteur zijn rechten inroept met als gevolg dat de tweede zekerheidsnemer, zelfs als deze de feitelijke heerschappij over de zaak heeft, met lege handen komt te staan. Een schuldeiser die een pandrecht had verkregen, liep altijd het risico om te worden geconfronteerd met een eerder gevestigd pandrecht van een andere schuldeiser. Bovendien kon de pandgever op zijn beurt de zaak reeds in belaste staat hebben verkregen van een derde. De mogelijkheid om een generaal pandrecht te vestigen heeft de kans op conflicten tussen zekerheidsnemers alleen maar doen toenemen. Schuldeisers konden zich niet vergewissen van het ontbreken van eerdere bezwaren. Bovendien werkte het ontbreken van registratie en publicatie fraude in de hand. Zo kwam het voor dat een akte werd geantedateerd om zo de hoogste rang te verkrijgen.⁶⁴

In het jaar 472 deed Keizer Leo een poging om het bezwaar van de geringe publiciteit die aan de vestiging van een zekerheidsrecht was verbonden op te heffen:

‘Indien iemand beweert een recht van pand of hypotheek te hebben op grond van een dergelijke (onderhandse) akte, dan heeft diegene voorrang die zich baseert op een authentieke akte, ook al is die van later datum, tenzij die onderhandse akte de eigenhandige handtekening bevat van drie of meer te goeder naam en faam bekend staande personen, want in dat geval worden zij beschouwd als quasi-authentieke aktes.’⁶⁵

62 Zie Dernburg, Pfandrecht II (1864), p. 39 e.v. en 411, Wacke 1969, p. 407 en Sirks, *BIDR* 1986, p. 311 en 312.

63 Deze kritische houding wordt unaniem aangenomen door de auteurs op het gebied van de Romeinse goederenrechtelijke zekerheidsrechten. Zie bijvoorbeeld Kaser II (1975), p. 313, Van Oven 1948, p. 182 en Zwalve 2006, p. 475 en 488-489.

64 Zie D. 48,10,28 (Modestinus).

65 C. 8,17(18),11,1.

Het vestigen van zekerheidsrechten door middel van een dergelijke '(quasi-) authentieke akte' brengt niet alleen voordelen op het gebied van het bewijsrecht met zich mee, het leidt tevens tot een doorbreking van de werking van de prior-temporeregels. Een tweede zekerheidsnemer die in tegenstelling tot de eerste zekerheidsnemer zijn recht vestigt bij authentieke akte, verkrijgt immers – ondanks dat hij later is in tijd – een hoger gerangschikt pandrecht. Onder een authentieke akte (*instrumentum publice confectum*) moet worden verstaan een akte die is opgesteld door een *tabellio*, die kan worden beschouwd als de voorloper van de notaris.⁶⁶ Een quasi-authentieke akte (*instrumentum quasi publice confectum*), waaronder een door tenminste drie getuigen met een goede reputatie ondertekende onderhandse akte moet worden begrepen, wordt aan een authentieke akte gelijkgesteld.

Met deze wet heeft Keizer Leo een voorrangspositie gecreëerd voor een zekerheidsnemer met een bij (quasi-)authentieke akte gevestigd recht dat in conflict komt met het zekerheidsrecht van een schuldeiser wiens recht op andere wijze – vormvrij dan wel bij onderhandse akte – is gevestigd. In relatie tot de zekerheidsgever blijft de situatie ongewijzigd. De zekerheidsgever (of een derde die het belaste goed bezit) kan ongeacht de wijze waarop het recht is gevestigd worden aangesproken door een zekerheidsnemer. Ook in de verhouding tussen schuldeisers met een op dezelfde wijze gevestigd zekerheidsrecht verandert er niets. Hun onderlinge rangorde wordt vastgesteld aan de hand van de prior-temporeregels, met dien verstande dat het bewijs tussen twee crediteuren met een bij authentieke akte gevestigd pandrecht doorgaans gemakkelijker te leveren valt. Keizer Leo lijkt met zijn wet het gebruik van een (quasi-)authentieke akte bij de vestiging van een zekerheidsrecht te hebben willen stimuleren om zo antedatering tegen te gaan. Door het maken van onderscheid in de wijze van vestiging in het kader van de rangorde werd de werking van de prior-temporeregels gedeeltelijk doorbroken. Deze doorbreking werkte ten nadele van schuldeisers die vóór de uitvaardiging van de wet een zekerheidsrecht bij onderhandse akte hebben gevestigd. Bovendien gaf deze wet geen garanties voor de kenbaarheid van oudere pandrechten. Het feit dat drie getuigen de akte ondertekenen verandert immers niets aan de kenbaarheid van het zekerheidsrecht voor latere pandnemers.

De evidente oplossing zou zijn geweest het invoeren van een stelsel van registratie en publicatie. Het is opmerkelijk dat de Romeinen zo een kwetsbaar systeem hebben gehandhaafd door niet tot invoering van een registratieplicht over te gaan.⁶⁷ Toch lijken wel enige pogingen te zijn ondernomen, maar deze hebben slechts plaatselijke werking gehad. Zo is in Egypte onder

66 Een *tabellio* bevond zich op het *forum* omdat dat als middelpunt van de handel kan worden gezien. In de akte moet de wil van partijen worden opgenomen en de akte moet door hen alsmede door de *tabellio* en twee getuigen worden ondertekend. Zie Dernburg, *Pfandrecht* II (1864), p. 418 en 419.

67 Kaser verwoordt treffend dat het raadselachtig blijft hoe zo'n *kreditfeindliche Pfandrechtsordnung* überhaupt heeft kunnen bestaan. Zie Kaser II (1975), p. 313.

Romeins bestuur een register van onroerend goed ingevoerd.⁶⁸ Het valt te betreuren dat dit register evenwel geen plaats in het rijksrecht heeft weten te bemachtigen.

2.2.4 Geprivilegieerde hypotheeken

In het Romeinse systeem van goederenrechtelijke zekerheidsrechten waarin zowel conventionele als legale hypotheeken bestonden die bijzonder alsook generaal konden zijn, was het bij afwezigheid van een stelsel van registratie en publicatie al uiterst problematisch om de rangorde naar de volgorde van vestiging vast te stellen. Tot overmaat van ramp werd ook nog aan enige hypotheeken voorrang gegeven boven oudere zekerheidsrechten. Bepaalde schuldeisers verkregen aldus een geprivilegieerd zekerheidsrecht, dat onafhankelijk van het tijdstip van vestiging de hoogste rang innam.

Zo'n geprivilegieerde hypotheek kwam onder meer toe aan de Romeinse fiscus wegens belastingen.⁶⁹ Zoals hierboven reeds aan de orde kwam, verkreeg de fiscus van rechtswege een hypotheek op het gehele vermogen van een belastingplichtige. Doordat aan deze hypotheek ook nog voorrang werd verleend boven oudere conventionele hypotheeken, werd het recht van de fiscus nog verder versterkt.

De positie van de vrouw na ontbinding van het huwelijk werd eveneens versterkt. De bruidsschat (*dos*) die de vrouw bij het aangaan van het huwelijk aan de man had verschaft,⁷⁰ moest na ontbinding van het huwelijk weer worden gerestitueerd. Om te voorkomen dat schuldeisers van de man zich na het huwelijk konden verhalen op het vermogen dat afkomstig was van de bruidsschat van de vrouw, verkreeg de vrouw van rechtswege een geprivilegieerde hypotheek op het vermogen van haar echtgenoot.⁷¹ Met deze hypotheek had de vrouw voorrang boven de andere schuldeisers van de man, zelfs al hadden zij een ouder goederenrechtelijk zekerheidsrecht, waardoor

68 Zie Van Oven 1948, p. 177. Nader over dit register Taubenschlag 1955, p. 222-230.

69 Zie C. 4,46,1: 'Het sterkst is immers de positie van de gerechtigde tot de belastingafdrachten, waarvoor in de eerste plaats alle goederen van degene die ophield te betalen verbonden zijn.' Aangezien dezelfde keizer in C. 8,15,1 weliswaar een legale hypotheek ten behoeve van de fiscus aanneemt, maar daaraan geen privilege verbindt, wordt betwijfeld of het eerstgenoemde rescript in algemene zin heeft te gelden of dat dit ziet op de situatie dat de fiscus in de concrete rechtsverhouding een eerder gevestigd – en om die reden een sterker – recht heeft. Zie voor deze discussie Dernburg, Pfandrecht II (1864), p. 436-437 en Wagner 1974, p. 103-106. Het (nog veel meer bestreden) antwoord op de vraag of de fiscus ook op grond van contractuele vorderingen een geprivilegieerde hypotheek verkreeg, blijft hier buiten beschouwing. De lezer zij hiervoor verwezen naar Dernburg, Pfandrecht II (1864), p. 437-442 en Wagner 1974, p. 158 e.v.

70 Het geven van een bruidsschat, waarmee de vrouw een bijdrage leverde in de kosten die het huwelijk met zich meebrengt, was zeer gebruikelijk. Zie D. 23,3,56 (Paulus).

71 Keizer Justinianus voelde zich genoopt om de vrouw die in deze kwetsbare positie verkeerde, hulp te bieden. Zie C. 8,17(18),12,4. Zie uitgebreid over deze geprivilegieerde hypotheek Dernburg, Pfandrecht II (1864), p. 443-452.

die schuldeisers niet ten koste van de bruidsschat van de vrouw konden worden voldaan.

Tot de derde⁷² categorie geprivilegieerde hypotheeken behoort een schuldeiser die geld heeft uitgeleend of kosten heeft gemaakt voor de aanschaf, het behoud of herstel van het onderpand.⁷³ De gedachte is dat een schuldeiser met een eerder gevestigd pandrecht zijn positie niet door middel van vreemd geld kan versterken. Zo zal een schuldeiser die een lening heeft verstrekt om een schip te herstellen een sterker pandrecht hebben dan de schuldeiser ten behoeve van wie reeds eerder het schip als pand was verbonden.⁷⁴

Duidelijk is geworden dat conflicten waarin een geprivilegieerde hypotheek is betrokken niet worden opgelost aan de hand van de regel *prior tempore potior iure*. De laatste vraag die rijst, is of het prioriteitsprincipe de verhouding tussen geprivilegieerde zekerheidsrechten onderling beheerst. Ook deze vraag dient ontkennend beantwoord te worden omdat die rangorde wordt bepaald door de wet. Zo neemt de fiscus de hoogste rang in.⁷⁵ Voorts volgt uit Novelle 97,3 dat het recht van hypotheek van de vrouw na ontbinding van het huwelijk sterker is dan concurrerende geprivilegieerde hypotheekrechten van privaatrechtelijke aard.⁷⁶ De hypotheek van de vrouw is dus na die van de fiscus het sterkst, gevolgd door zekerheidsrechten wegens *versio in rem*.

Tot slot is nog de situatie denkbaar waarin meerdere schuldeisers met een zekerheidsrecht wegens *versio in rem* met elkaar collideren. In dat geval gaat het jongere juist voor het oudere.⁷⁷ De schuldeiser die ter zake van het herstel of de instandhouding van het onderpand geld heeft geschoten, verkrijgt ook ten aanzien van oudere schuldeisers met eenzelfde zekerheidsrecht een geprivilegieerde positie. Deze uitleg is in lijn met de gedachte die aan de geprivilegieerde positie van een dergelijk pandrecht ten grondslag ligt. Ook voor een schuldeiser met een pandrecht wegens *versio in rem* geldt immers dat diens positie niet door middel van vreemd geld kan worden versterkt.

72 Deze indeling in drie groepen is afkomstig van de Pandektisten. Zie Dernburg, Pfandrecht II (1864), p. 427-452 en Windscheid/Kipp I (1906), p. 1239-1242. Kaser schaaft ook de legale hypotheek van een pupil op de door zijn voogd met zijn geld gekochte zaken onder de geprivilegieerde hypotheeken. Zie Kaser I (1971), p. 466.

73 Pandektisten spreken in dit kader van een pandrecht wegens *versio in rem*. Zie Dernburg, Pfandrecht II (1864), p. 427.

74 Dit voorbeeld volgt uit D. 20,4,5 (Ulpianus). Zie voorts D. 20,4,6 en 20,4,7 (Ulpianus).

75 Naar de heersende mening volgt dit uit C. 4,46,1, zie Windscheid/Kipp I (1906), p. 1240.

76 Het antwoord op deze vraag is niet onomstreden. Zie voor de discussie hierover Dernburg, Pfandrecht II (1864), p. 453 en 454.

77 Zie Dernburg, Pfandrecht II (1864), p. 456 met rekenvoorbeeld.

2.3 GOEDERENRECHTELIJKE GENOTSRECHTEN

2.3.1 Algemeen

Van oudsher bestaat de behoefte om bepaalde rechten te kunnen uitoefenen op een zaak van een ander. Zo kan bijvoorbeeld degene die de grond van zijn buurman wenst te bewandelen om zich aldus een kortere verbinding tot de verkeersweg te verschaffen, een recht van overpad op de grond van de buurman doen vestigen. Een dergelijk recht dat deze laatstgenoemde buurman alsdan verleent op zijn zaak (en niet een recht tegen zijn persoon met betrekking tot de zaak), heeft goederenrechtelijke werking met als gevolg dat het recht ook tegen eventuele nieuwe eigenaren van de grond kan worden ingeroepen.⁷⁸ Men spreekt in dit verband van beperkte goederenrechtelijke genotsrechten. Deze beperkte rechten moeten worden beschouwd als nieuwe zelfstandige rechten die naast het eigendomsrecht bestaan.⁷⁹

Onder de verschillende goederenrechtelijke genotsrechten in het Romeinse recht – die grote gelijkenissen vertonen met de genotsrechten naar huidig recht – nemen de dienstbaarheden (servituten) de belangrijkste plaats in. Deze worden naar Justinianus' codificatie onderscheiden in twee categorieën:

'Dienstbaarheden zijn hetzij personeel, zoals het recht van gebruik en het recht van vruchtgebruik, hetzij reëel, zoals de landelijke en stedelijke erfdienstbaarheden.'⁸⁰

De ene categorie servituten⁸¹ (reële) bestaat uit dienstbaarheden op een perceel grond ten behoeve van een naburig perceel, hetgeen wij nu verstaan onder erfdienstbaarheden.⁸² Een erfdienstbaarheid is een beperking van het eigendomsrecht die tot gevolg heeft dat de eigenaar iets moet dulden waar-

78 Zie D. 8,4,12 (Paulus): 'Wanneer een perceel grond ten behoeve van een ander perceel met een erfdienstbaarheid is belast, volgen de erfdienstbaarheden de grond, ook als deze verkocht [en geleverd] is'.

79 Het antwoord op de vraag of erfdienstbaarheden al dan niet moeten worden beschouwd als van de eigendom afgescheiden bestanddelen, is omstreden. Uit D. 50,16,25 (Paulus) valt een ontkennend antwoord af te leiden. Ik houd de leer inhoudende dat erfdienstbaarheden moeten worden gezien als een nieuw en zelfstandig recht voor de meeste juiste. Zie uitvoerig over de constructie van het beperkte recht Mollema, diss. 2013, p. 13-60 en hierna par. 7.2.2.

80 Zie D. 8,1,1 (Marcianus). Hierna zal duidelijk worden dat het bundelen van beide categorieën weinig zinvol is omdat ertussen grote verschillen bestaan. De Romeinse juristen lijken reeds tot dit inzicht te zijn gekomen omdat de personele en reële dienstbaarheden op verscheiden plaatsen in het *Corpus Iuris* zijn geregeld.

81 Thans is het woord servituut synoniem met erfdienstbaarheid. De term personele dienstbaarheden is immers niet meer gebruikelijk.

82 Het door Marcianus naargelang van de functie gemaakte onderscheid tussen landelijke en stedelijke erfdienstbaarheden is klassiek en heeft na de klassieke tijd zijn betekenis verloren. Zie ook Gaius 2,14.

tegen hij op grond van zijn eigendomsrecht zou kunnen optreden of iets moet nalaten wat hij op grond van zijn eigendomsrecht zou mogen doen. Een erfdienstbaarheid mag dus niet bestaan in een verplichting om iets te doen.⁸³

De andere categorie dienstbaarheden bestaat uit persoonlijke gebruiksrechten, dat wil zeggen dat zij niet toekomen aan een grondeigenaar, maar aan een persoon als zodanig en derhalve uiterlijk bij zijn dood eindigen.⁸⁴ Het meest voorkomend persoonlijk gebruiksrecht is het recht van vruchtgebruik (*ususfructus*).⁸⁵ Dit is het recht om een goed van een ander te gebruiken in de meest ruime zin van het woord en de vruchten ervan te plukken, voor zover hierdoor geen verandering wordt aangebracht in het wezen van het goed.⁸⁶ De eigenaar die een goed in vruchtgebruik geeft, behoudt slechts wat genoemd wordt de 'bloot eigendom', omdat hij wordt ontbloot van alle profijt van het goed.⁸⁷ Naast het feit dat een vruchtgebruik ook op roerende goederen betrekking kan hebben,⁸⁸ is een beduidend verschil met erfdienstbaarheden dat het vruchtgebruik het exclusieve gebruik van het goed omvat. In het geval dat er een erfdienstbaarheid is gevestigd, behoudt de eigenaar van het lijdende erf de bevoegdheid om – zij het met inachtneming van het beperkte recht – alle handelingen ten aanzien van zijn zaak verrichten. Een vruchtgebruiker heeft daarentegen met uitsluiting van de eigenaar het recht op het volledig gebruik en de vruchten van het goed.

Ook de rechten van erfpacht (*emphyteusis*⁸⁹) en opstal (*superficies*) hebben hun grondslag in het *Corpus Iuris*.⁹⁰ Zij hebben met het recht van vruchtgebruik gemeen dat zij de gerechtigde een volledig gebruiksrecht verschaffen met als gevolg dat de eigenaar slechts de bloot eigendom overhoudt. De rechten van erfpacht en opstal zijn ontstaan vanuit de behoefte van de over-

83 Zie D. 8,1,15,1 (Pomponius). Zie voor overige kenmerken van erfdienstbaarheden Kaser I (1971), p. 442 en 443 en Windscheid/Kipp I (1906), p. 1061-1067.

84 Het onderscheid tussen zaak en persoon is gelegen in het subject van het recht. Personele dienstbaarheden zijn evenzogoed goederenrechtelijke rechten.

85 Daarnaast kan ook het recht van gebruik (*usus*) worden genoemd, hetgeen een bijzondere vorm is van *ususfructus*. Zie Kaser I (1971), p. 454. De wijze van vestiging en beëindiging is dezelfde. Zie D. 7,1,3,3. (Gaius).

86 Zie D. 7,1,1 (Paulus) en Kaser I (1971), p. 450.

87 Zie Van Oven 1948, p. 154.

88 Zie D. 7,1,3,1 (Gaius).

89 De term *emphyteusis* is afkomstig uit het oostelijke (Griekstalige) gedeelte van het Romeinse rijk, waar van oudsher een recht in gebruik was dat soortgelijk was aan het Romeinsrechtelijke *ius perpetuum in agro verticali*. Beide rechten versmolten tot één erfpachtsrecht waarbij de Griekse naam in stand is gebleven. Zie voor de totstandkoming uitgebreid Van Oven 1948, p. 163-165.

90 Zij hebben in het klassieke Romeinse systeem geen belangrijke plaats ingenomen en hun regelingen zijn in het casuïstisch opgezette *Corpus Iuris* om die reden nogal beperkt van omvang. Toch zijn ze in het *ius commune* blijven voortleven en ze zijn dan ook in zwang bij de Pandektisten.

heid om grond te exploiteren zonder de eigendom prijs te geven.⁹¹ Een erfpachter, wiens bevoegdheden voor de overeengekomen duur in grote mate overeenstemmen met die van een eigenaar,⁹² mag de zaak niet verwaarlozen en is gehouden tot betaling van een overeengekomen jaarlijkse canon. Een recht van opstal houdt de bevoegdheid in om op de grond van een ander een gebouw te plaatsen en te gebruiken. Beide rechten worden beschermd met een *actio in rem* en zijn daarmee goederenrechtelijke rechten.⁹³ Een belangrijk verschil met vruchtgebruik is dat de vruchtgebruiker houder is van het goed – weliswaar beschermd met bijzondere, aan die van de bezitter analoge, interdicten – terwijl de erfpachter en de opstaller in de goederenrechtelijke positie van bezitter tot het goed staan.⁹⁴

2.3.2 Collisie van genotsrechten

De eigenaar die zijn grond met een erfdienstbaarheid heeft belast, behoudt de bevoegdheid om over zijn goed te beschikken. Het goederenrechtelijke karakter van de erfdienstbaarheid brengt met zich mee dat de eigenaar nog slechts kan beschikken over zijn goed met het daarop rustende beperkte recht. Als de beschikkingshandeling bestaat in het vervreemden van het goed, zal de verkrijger van het lijdende erf de erfdienstbaarheid moeten respecteren. Een stuk grond waarop de eigenaar reeds een erfdienstbaarheid heeft gevestigd, kan tevens nogmaals worden bezwaard met eenzelfde recht, aldus Paulus:

‘Dat degene die een recht van overpad of dreef over een bepaald terrein aan iemand heeft verleend, aan nog meer personen een recht van overpad of dreef kan verlenen, is juist. Evenzo kan iemand die zijn huis met een erfdienstbaarheid ten gunste van zijn buurman heeft belast, niettemin voor net zoveel anderen als hij maar wil hetzelfde huis met dienstbaarheden belasten.’⁹⁵

De eigenaar van het lijdende erf kan dus zijn grond naar believen blijven bezwaren met erfdienstbaarheden. Hoewel de eerste vestiging van een erfdienstbaarheid ertoe leidt dat de eigenaar nog slechts beschikkingsbevoegd is over zijn goed met inachtneming van het daarop gevestigde beperkte

91 Zie Van Oven 1948, p. 165. Later konden beide rechten overigens ook op particuliere grond worden gevestigd. Zie Kaser/Wubbe, p. 145.

92 Zo verkrijgt een erfpachter van rechtswege de vruchten en draagt hij ook de lasten. Verder mag de erfpachter zijn recht vervreemden en bezwaren. Zie Windscheid/Kipp I (1906), p. 1110 en 1111.

93 Het goederenrechtelijke karakter in de klassieke tijd is weliswaar omstreden, in het *ius commune* daarentegen onomstreden. Zie Windscheid/Kipp I (1906), p. 1107.

94 Zie voor de goederenrechtelijke positie van de vruchtgebruiker Kaser I (1971), p. 451 en zie hierna onder 2.3.2 voor die van de erfpachter en opstaller.

95 Zie D. 8,4,15. Hetzelfde geldt voor rechten van waterleiding en waterhaling langs dezelfde plaats. Zie D. 8,3,2,1 (Neratius).

recht, staat niets aan een meervoudige bezwaring met erfdienstbaarheden in de weg. Door een tweede bezwaring zal het eerder gevestigde recht van de grondeigenaar van het heersende erf immers veelal niet worden geschaad. Men denke aan meerdere rechten van overpad over dezelfde plaats, die doorgaans ongehinderd naast elkaar kunnen bestaan. Toch wijst Neratius erop dat de uitoefening van de erfdienstbaarheid de vestiging van een tweede soortgelijk recht wel moet toelaten:

'Als het te leiden of te putten water toereikend is, kan men ook aan verscheidene personen toestaan om op dezelfde plaats en op dezelfde dagen of uren water te leiden.'⁹⁶

In deze passage ligt een voorwaarde voor meervoudige vestiging besloten, te weten dat een eventueel tweede recht van erfdienstbaarheid naast het eerste kan bestaan. De vraag rijst hoe de verschillende beperkt gerechtigden zich tot elkaar verhouden als de eigenaar van het lijdende erf ondanks de ontoereikende hoeveelheid water overgaat tot de vestiging van een tweede recht van erfdienstbaarheid. Het gevolg daarvan zou immers zijn dat niet beide rechten van waterleiding respectievelijk waterhaling kunnen worden uitgeoefend. De – voor de moderne jurist wellicht voor de hand liggende – oplossing inhoudende dat de tweede beperkt gerechtigde in zijn uitoefening moet wijken voor het oudere recht, moet naar Justiniaans recht worden verworpen. Als algemeen vereiste voor de geldigheid van een servituut geldt namelijk dat het servituut voortdurend moet kunnen worden uitgeoefend (*causa perpetua*).⁹⁷ Zo is voor de vestiging van een recht van waterleiding en waterhaling vereist dat er steeds, of steeds weer water vloeit.⁹⁸ Aangenomen kan worden dat in het geval van een ontoereikende hoeveelheid water het tweede recht van erfdienstbaarheid niet tot stand komt omdat dit recht niet voortdurend kan worden uitgeoefend en daarmee niet voldoet aan alle geldigheidsvereisten.⁹⁹ Uit D. 8,3,14 volgt tevens dat een tweede recht dat ofwel feitelijk niet kan worden uitgeoefend dan wel de feitelijke uitoefening van het eerst gevestigde recht volledig frustreert, niet kan worden gevestigd.¹⁰⁰

⁹⁶ D. 8,3,2,2 (Neratius).

⁹⁷ Zie D. 8,2,28 (Paulus). In het *ius commune* wordt de toepasselijkheid van dit vereiste betwijfeld. De Pandektisten erkennen evenwel nagenoeg unaniem de geldigheid van dit vereiste. Zie bijvoorbeeld Windscheid/Kipp I (1906), p. 1063 en Dernburg, Pandekten I (1894), p. 586. Voor de goede orde zij opgemerkt dat voortdurend niet wil zeggen onafgebroken. Het gaat erom dat de uitoefening niet slechts voor bepaalde tijd mogelijk moet zijn.

⁹⁸ Zie Kaser I (1971), p. 442 en 443.

⁹⁹ Anders Elvers 1854, p. 71 die ervan uitgaat dat het tweede recht toch tot stand komt, maar dat dit recht in de uitoefening moet wijken voor het eerst gevestigde recht. Deze toepassing van de prioriteitsgedachte in het kader van erfdienstbaarheden vindt evenwel geen steun in de bronnen.

¹⁰⁰ Pomponius sluit in betreffende Digestentekst uitdrukkelijk de mogelijkheid uit om over dezelfde plaats zowel een recht van weg als een recht van waterleiding te vestigen.

Het zal dientengevolge in zulke gevallen niet komen tot een collisie van de beperkt gerechtigden.¹⁰¹

Toch is het mogelijk dat er strijd ontstaat tussen de verschillende gerechtigden, bijvoorbeeld omtrent het tijdstip van uitoefening van hun rechten. Als zij tegelijkertijd van hun recht gebruik willen maken, is het denkbaar dat hun rechten collideren.¹⁰² De eigenaar van het lijdende erf kan de uitoefening van de rechten reguleren door regels op te stellen omtrent het gebruik van ieders recht. Zo kan de uitoefening worden verdeeld over bepaalde tijdsperiodes en kan de wijze van uitoefening aan regels worden onderworpen.¹⁰³ Door te bepalen dat de rechten van de verschillende burens op verschillende dagen of uren worden uitgeoefend, wordt collisie voorkomen.¹⁰⁴ Ontbreken nadere bepalingen, dan kan de uitoefening van de erfdienstbaarheid door verschillende gerechtigden tot conflicten leiden. Om dergelijke geschillen te beslechten, is het van belang om te weten hoe de gerechtigden zich tot elkaar verhouden. Het is mogelijk om een rangorde vast te stellen aan de hand van het tijdstip van vestiging, niettemin wordt naar Justiniaans recht voor een andere oplossing gekozen. Ter zake van hun verhouding wordt namelijk een analogie gemaakt met mede-eigendom. Het Corpus Iuris veronderstelt in een dergelijk geval het bestaan van een gemeenschap tussen gelijkgerechtigden met als gevolg dat conflicten worden opgelost op grond van de regels die tussen mede-eigenaren gelden. Conform deze regels wordt de wijze van uitoefening in de eerste plaats bepaald door de afspraken die partijen daarover bij de vestiging van het recht hebben gemaakt.¹⁰⁵ Als omtrent de uitoefening niets is afgesproken of het overeengekomene anderszins tot conflicten aanleiding geeft, kunnen de gerechtigden gezamenlijk de praetor om een

101 Ook al is wat het goederenrecht betreft deze tweede vestiging zonder gevolg, de afspraken tussen partij hebben uiteraard wel verbintenisrechtelijke consequenties. Ook Windscheid acht het aannemelijk dat degene wiens recht niet tot stand gekomen is, zich met het verbintenisrecht moet behelpen. Zie Windscheid/Kipp I (1906), p. 1063, voetnoot 8. Mocht de eigenaar van het heersende erf toch in de uitoefening van zijn recht van erfdienstbaarheid worden belemmerd, dan kan hij met de *actio confessoria* optreden, niet alleen tegen de eigenaar maar tegen ieder die hem belemmert. Zie D. 8,5,10,1 (Ulpianus).

102 In mijn optiek is van collisie sprake indien rechten niet *volledig* naast elkaar kunnen worden uitgeoefend. Het gaat daarbij steeds om rechten van eenzelfde orde. Men spreekt dan ook niet van collisie indien een recht enkel door zijn bestaan een ander recht hindert, zoals het geval is tussen het recht van de eigenaar en dat van de beperkt gerechtigde. Zie Dernburg, Pandekten I (1894), p. 94.

103 Zie bijvoorbeeld D. 8,1,5,1 (Gaius) en 8,1,4,1 (Papinianus). Voor de goede orde zij opgemerkt dat het vereiste van de *causa perpetua* inhoudt dat een erfdienstbaarheid een permanente oorzaak moet hebben en derhalve blijvend moet kunnen worden uitgeoefend. Hieruit volgt geenszins dat de erfdienstbaarheid ook onafgebroken moet worden uitgeoefend.

104 Zie D. 8,3,2,1 (Neratius).

105 Zie D. 10,3,3,1 (Ulpianus).

delingsactie (*iudicium communi dividendo*¹⁰⁶) verzoeken.¹⁰⁷ Deze delingsactie leidt niet noodzakelijkerwijs tot een verdeling, maar kan ook resulteren in de regulering van de verhouding.¹⁰⁸ Zo kan de rechter de wijze vaststellen waarop ieder der gerechtigden van zijn bevoegdheden gebruik mag maken of, indien hij dit in het belang van de partijen wenselijk acht, het recht aan de een toewijzen tegen betaling van een afkoopsom aan de ander.¹⁰⁹ Deze oplossing stoelt – zo menen twee van de meest gezaghebbende klassieke juristen, te weten Julianus en Ulpianus – op de redelijkheid.¹¹⁰

In het kader van colliderende rechten van vruchtgebruik moet vooropgesteld worden dat vruchtgebruik in veruit de meeste gevallen wordt gevestigd bij testament.¹¹¹ Aan de vestiging ligt vaak een verzorgingsgedachte ten grondslag. Met een recht van vruchtgebruik kan namelijk worden bewerkstelligd dat een erfflater zijn vermogen aan een ander dan zijn echtgenote doet toekomen, maar aan haar wel een recht van vruchtgebruik legateert, om haar aldus niet onverzorgd achter te laten. Een situatie waarin meerdere personen een recht van vruchtgebruik hebben op één en dezelfde zaak komt in de Romeinsrechtelijke casuïstiek dan ook alleen in erfrechtelijk verband aan de orde, namelijk als gevolg van een erfstelling waarin aan meerdere personen gezamenlijk een recht van vruchtgebruik werd vermaakt.¹¹² Ter beslechting van eventuele geschillen die tussen de vruchtgebruikers kunnen ontstaan, heeft het Romeinse recht ook hier in een delingsactie voorzien.¹¹³ De toepassing van een delingsactie in dit kader ligt in de rede omdat de vruchtgebruikers als deelgenoten in een gemeenschap gelijke rechten hebben met betrekking tot de goederen. De gemeenschap is ontstaan doordat aan de gerechtigden gezamenlijk het vruchtgebruik is vermaakt. De delingsactie is dan ook minder goed verdedigbaar indien de meervoudige gerechtigdheid anders dan door erfrechtelijke making ontstaat. Immers, dat het in het rechtsverkeer ongebruikelijk was, neemt niet weg dat het terdege mogelijk was om een vruchtgebruik onder levenden te vestigen om op die manier een goed te exploiteren.¹¹⁴ De vraag rijst of het mogelijk is dat er conflicten ontstaan doordat de eigenaar ter exploitatie van zijn goederen achtereenvolgens

106 Deze delingsactie wordt in de bronnen aangemerkt als *utile* (aangepaste) of *quasi* delingsactie.

107 Zie D. 43,20,4 (Julianus) en D. 7,1,13,3 (Ulpianus). In laatstgenoemd rescript wordt tevens als oplossing aangedragen dat partijen door stipulatie (overeenkomst) jegens elkaar een garantie geven over de wijze waarop zij het genot zullen uitoefenen. Deze weg zal echter slechts openstaan indien partijen in overleg tot een dergelijke overeenkomst kunnen komen.

108 Zie Windscheid/Kipp I (1906), p. 873, voetnoot 3b.

109 Zie D. 10,3,10,1 (Paulus), waarover Elvers 1854, p. 74.

110 Zie D. 43,20,4 (Julianus) en D. 7,1,13,3 (Ulpianus).

111 Zie Kaser I (1971), p. 451.

112 Zie bijvoorbeeld D. 7,1,74 (Gaius) en D. 7,1,34 (Julianus).

113 Zie D. 7,1,13,3 (Ulpianus).

114 Zie Kaser I (1971), p. 451 en Windscheid/Kipp I (1906), p. 1031.

twee rechten van vruchtgebruik op dezelfde goederen vestigt.¹¹⁵ Uit het Corpus Iuris volgen weliswaar de nodige verbintenisrechtelijke sancties voor de eigenaar als hij inbreuk maakt op het recht van de vruchtgebruiker,¹¹⁶ de mogelijkheid op goederenrechtelijk gebied om op zijn goed een tweede recht van vruchtgebruik te vestigen krijgt geen behandeling. Hoewel uit dit enkele feit nog niet de conclusie kan worden getrokken dat de vestiging van een tweede vruchtgebruik niet mogelijk is, is die wel goed te verdedigen. Aan een vruchtgebruiker komt immers het volle genot van het goed toe. Het is onmogelijk om aan een tweede persoon datzelfde volle genot te verschaffen. De uitoefening van het tweede recht kan niet feitelijk mogelijk worden gemaakt, althans niet zonder het eerste recht te schaden. De eigenaar kan ook geen erfdienstbaarheden vestigen waardoor de positie van de vruchtgebruiker slechter wordt.¹¹⁷ Het komt mij voor dat beperkte rechten die het volle genot van de vruchtgebruiker beperken, niet tot stand kunnen komen. Een andersluidende oplossing – bijvoorbeeld dat het tweede recht conform de prioriteitsgedachte tot stand komt onder eerbiediging van het eerste recht van vruchtgebruik – vindt evenmin steun in de bronnen.

Ter zake van het recht van erfpacht kan aangenomen worden dat dit recht wordt gevestigd door middel van bezitsverschaffing (*traditio*).¹¹⁸ Hetzelfde geldt voor het opstalrecht.¹¹⁹ Nadat bezitsverschaffing heeft plaatsgevonden kan de eigenaar onmogelijk op hetzelfde goed nogmaals een recht vestigen waarvoor bezitsverschaffing is vereist. Na de vestiging komt het bezit immers toe aan de erfpachter of opstaller.¹²⁰ Een collisie van erfpachters of opstallers op dezelfde onroerende zaak is dus ondenkbaar, omdat een tweede gelijksoortig recht niet tot stand kan komen.

115 Ook in het geval van vestiging bij opvolging ontstaat een vruchtgebruik ten behoeve van meer personen. Hieraan besteed ik geen aandacht omdat aan beide gerechtigden achtereenvolgens het volledige vruchtgebruik toekomt, met als gevolg dat hun rechten niet met elkaar in conflict komen.

116 Zie D. 7,4,5,3 (Ulpianus), D. 8,5,9 pr. (Paulus), Kaser I (1971), p. 451.

117 Dit volgt wel uit de bronnen. Zie D. 7,1,15,7 (Ulpianus) en D. 7,1,16 (Paulus).

118 Terwijl het feit dat het vereiste van bezitsverschaffing niet expliciet uit de bronnen volgt, voor Windscheid een reden is om de toepasselijkheid ervan te ontkennen, komt Dernburg, gezien de analogie met het opstalrecht (zie voetnoot hierna), tot de tegenovergestelde conclusie. Zie Windscheid/Kipp I (1906), p. 1114, voetnoot 3 en Dernburg, Pandekten I (1894), p. 647, voetnoot 5.

119 Ik schaar mij achter Dernburg, die uit het feit dat bestaande opstallen blijken D. 43,18,1,7 (Ulpianus) door middel van *traditio* worden overgedragen, de gevolgtrekking maakt dat nieuwe opstallen eveneens door middel van *traditio* moeten worden gevestigd. Zie Dernburg, Pandekten I (1894), p. 644, voetnoot 8. Anders Windscheid/Kipp I (1906), p. 1121, voetnoot 12.

120 Zie Dernburg, Pandekten I (1894), p. 648.

2.4 COMBINATIE VAN ZEKERHEIDS- EN GENOTSRECHTEN

Het lijkt geen twijfel dat de eigenaar door het verhypothekeren van zijn zaak geenszins wordt aangetast in zijn bevoegdheid om nadien diezelfde zaak met een beperkt genotsrecht te bezwaren.¹²¹ Ook bezwaring van de zaak in de omgekeerde volgorde – te weten de vestiging van een genotsrecht voorafgaand aan de verpanding – is goed denkbaar.¹²² Meerdere zekerheids- en genotsrechten kunnen in beginsel probleemloos naast elkaar bestaan tot het moment waarop de zekerheidsnemer tot executie van het onderpand overgaat. Eerst dan wordt de vraag acuut hoe de zekerheidsnemer en de gerechtigde tot het gebruik van de zaak zich jegens elkaar verhouden of anders gezegd, of de zekerheidsnemer – en daarmee ook de verkrijger van de geëxecuteerde zaak – het genotsrecht zal moeten dulden.

Naar hieronder duidelijk zal worden is het voor de bespreking van collisies van een genotsrecht met een zekerheidsrecht zinvol om de genotsrechten te onderscheiden in rechten die het exclusieve gebruik van de zaak omvatten – men denke aan het recht van vruchtgebruik¹²³ – en rechten die de eigenaar niet de bevoegdheid ontnemen om handelingen ten aanzien van zijn zaak te verrichten, bijvoorbeeld een erfdienstbaarheid.

Uit de bronnen volgt uitdrukkelijk dat na de vestiging van een zekerheidsrecht een ouder vruchtgebruik op dezelfde zaak intact blijft.¹²⁴ Dat het vruchtgebruik niet teniet gaat door de vestiging van het pandrecht is gelet op zijn goederenrechtelijke karakter evident.¹²⁵ Het is de vraag of het vruchtgebruik eveneens intact blijft nadat de pandhouder is overgegaan tot executie. Het komt mij voor dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. Er is geen reden om aan te nemen dat het zo-even aange-

121 Zie bijvoorbeeld D. 50,17,205 (Pomponius), waaruit blijkt dat verpanding de mogelijkheid onverlet laat om nadien op de verpande zaak een erfdienstbaarheid te vestigen. Zie ook Dernburg, *Pfandrecht II* (1864), p. 148.

122 Zo volgt uitdrukkelijk uit C. 3,33,2, waar het aan de bloot eigenaar wordt toegestaan om een pandrecht te vestigen op een zaak die reeds in vruchtgebruik is gegeven.

123 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat ook de rechten van erfpacht en opstal tot de categorie genotsrechten behoren die het exclusieve gebruik van de zaak omvatten. In het onderstaande zal echter van deze categorie alleen het recht van vruchtgebruik aan de orde komen omdat alleen ten aanzien van dit recht Romeinse casuïstiek is terug te vinden. Overigens zie ik geen bezwaar om de conclusies verderop ten aanzien van een vruchtgebruik dat collideert met een pandrecht analoog toe te passen op de andere exclusieve gebruiksrechten, zodat voor vruchtgebruik ook erfpacht of opstal kan worden gelezen.

124 Zie C. 3,33,2: 'Wij merken op dat door de bewoordingen van het testament – die u in uw verzoekschrift hebt ingevoerd – aan u een vruchtgebruik is gelegateerd. Deze omstandigheid verhindert niet dat de bloot eigenaar de eigendom als pand aan een schuldeiser kan verbinden, waarbij vanzelfsprekend het vruchtgebruik waarop u recht hebt, intact blijft.'

125 Hoewel de vruchtgebruiker slechts houder was van het goed en geen bezitter, had zijn recht toch een goederenrechtelijk karakter omdat zijn recht werd beschermd met bijzondere, aan die van de bezitter analoge, bezitsinterdicten waarmee hij tegen derden kon ageren. Zie Kaser I (1971), p. 541.

haalde C. 3,33,2 alleen ziet op de situatie waarin het pandrecht niet wordt uitgeoefend. Bovendien kan uit betreffende passage uit de Codex worden afgeleid dat de aanleiding voor deze uitspraak is geweest het geval dat de pandhouder het pandobject vrij van alle goederenrechtelijke rechten – de eerder gevestigde rechten inclusief – op de veiling heeft aangeboden, waarna de oudere vruchtgebruiker onder vermelding van het testament waaraan hij zijn recht ontleent met vrucht een procedure heeft gestart om zijn recht veilig te stellen. Vermoed kan worden dat de schuldeiser zijn executierecht heeft geëffectueerd omdat eerst dan de positie van de vruchtgebruiker van belang is en tot een procedure aanleiding kan geven.

Tevens mag de bloot eigenaar:

‘de vruchtgebruiker niet hinderen in de uitoefening van zijn recht teneinde diens positie niet slechter te maken.’¹²⁶

En bovendien kan hij:

‘zelfs met de instemming van de vruchtgebruiker, niet een erfdienstbaarheid opleggen, behalve dan een erfdienstbaarheid waardoor de positie van de vruchtgebruiker niet slechter wordt.’¹²⁷

Het Romeinse recht heeft voorzien in de nodige bescherming van het recht van de vruchtgebruiker. De eigenaar zelf mag de vruchtgebruiker niet hinderen en hij mag ook geen rechten ten behoeve van een derde vestigen waarvan hij zelf is ontbloot, men denke aan het recht om over de zaak te wandelen. Hij mag alleen die rechten vestigen die de positie van de vruchtgebruiker niet aantasten.¹²⁸ Van het vestigen van een pandrecht ondervindt de vruchtgebruiker in beginsel geen hinder. Het recht dat de pandnemer alsdan verkrijgt zal hij slechts kunnen uitoefenen met inachtneming van het recht van de vruchtgebruiker. Zo zal als hij overgaat tot executie, het vruchtgebruik op de zaak blijven rusten.

Diezelfde gedachte – dat de bloot eigenaar de positie van de beperkt gerechtigde niet slechter kan maken – is terug te vinden in het geval waarin een pandhouder het oudste recht heeft. Uit C. 8,13(14),15 volgt dat:

‘het volstrekt zeker [is] dat de schuldenaar noch door verkoop noch door schenking noch door te legateren of door fidei-commissaire making de positie van de schuldeiser kan verslechteren.’

Hoewel dit verbod om de positie van de schuldeiser met een zekerheidsrecht slechter te maken niet met zoveel woorden het vestigen van een beperkt genotsrecht zoals het recht van vruchtgebruik benoemt, moet wor-

126 D. 7,1,15,6 (Ulpianus).

127 D. 7,1,15,7 (Ulpianus) en D. 7,1,16 (Paulus).

128 Het al dan niet hebben verkregen van toestemming van de vruchtgebruiker doet naar Romeins recht niet ter zake.

den aangenomen dat dit verbod gelet op zijn strekking zich tevens uitstrekt tot het vestigen van beperkte genotsrechten. De betreffende passage brengt het recht van zaaksgevolg tot uitdrukking, hetgeen betekent dat de pandhouder de zaak kan opeisen onder mogelijke derdeverkrijgers. Niet valt in te zien waarom een zekerheidsnemer wel met succes tegen een derdeverkrijger kan ageren maar niet tegen een derde ten behoeve van wie een beperkt genotsrecht is gevestigd. Zou het tegendeel juist zijn, dan zou de schuldenaar het pandrecht van zijn crediteur door het vestigen van genotsrechten volledig kunnen uithollen.

In de situatie waarin een ouder pandrecht botst met een jonger recht van erfdienstbaarheid, een beperkt genotsrecht dat niet het exclusieve gebruik van het goed omvat, worden ten aanzien van de vraag of de erfdienstbaarheid moet wijken in de pandektistiek twee opvattingen verdedigd.¹²⁹ De eerste – en mildere – opvatting houdt in dat de erfdienstbaarheid slechts teniet gaat indien het goed door de bezwaring zodanig in waarde vermindert dat de opbrengst ervan bij een executieverkoop ontoereikend is om de vordering van de pandhouder te kunnen voldoen.¹³⁰ Deze opvatting is ingegeven door de gedachte dat een erfdienstbaarheid slechts bestaat in een plicht om iets te dulden of na te laten zodat mede gelet op het feit dat een schuldeiser in de regel een onderpand verlangt waarvan de waarde de som van de vordering overstijgt, de eventuele – en voor zover hiervan sprake is in ieder geval geringe – waardedaling geen benadeling van de schuldeiser betekent. De andere – strengere – opvatting houdt vast aan een onverminderde toepassing van de prioriteitsregel.¹³¹ Het pandrecht is in deze visie eenvoudigweg eerder gevestigd en daarom zal het latere goederenrechtelijke genotsrecht ervoor moeten wijken.

De mildere opvatting kan geen stand houden omdat eerst na de veilingverkoop duidelijk zal zijn of de opbrengst van het pandobject in bezwaarde staat toereikend is voor de voldoening van de vordering van de pandhou-

129 Eerst door de Pandektisten is over deze kwesties gebogen. Vermoedelijk heeft dit geval van botsende rechten – voor zover dat geval al voorkwam bij de Romeinen – nooit tot geschillen geleid. Wat het antwoord op de vraag ook zij, de eigenaar van het heersende erf kon immers eenvoudigweg indien het zakelijke recht door de executie teniet is gegaan door een nieuwe vestiging een recht op de zaak van zijn nieuwe buurman kunnen doen gelden.

130 Zie Sintenis 1836, p. 543-545 die aldus de leer van Von Scheurl, inhoudende dat een jongere erfdienstbaarheid in het geheel niet teniet gaat nu dit beperkte recht niet de volledige heerschappij van de zaak omvat en derhalve de schuldeiser niet schaadt, nuanceert. Zie voor de opvatting van Von Scheurl *Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Band V, München 1857, p. 38.

131 Zie Dernburg, *Pfandrecht II* (1864), p. 149, die zich gesteund voelt door Windscheid/Kipp I (1906), p. 1203 waar Windscheid schrijft dat de zaak bij een executieverkoop wordt overgedragen in de staat waarin het zich bevindt ten tijde van de vestiging van het pandrecht, '*unbeschränkt durch später auf die Sache gelegte Lasten*'. Windscheid beroept zich echter slechts op bronnen waarin deze later gevestigde last bestaat uit een pandrecht. Hij spreekt zich niet expliciet uit over de collisie van een pandrecht met een erfdienstbaarheid.

der. Bovendien staat deze zienswijze – ofschoon deze tracht te voorzien in de meest billijke uitkomst – op gespannen voet met de beginselen van het executierecht omdat bij een veilingverkoop dient te worden gestreefd naar de hoogst mogelijke opbrengst.¹³² Het onderpand zal moeten worden aangeboden in de staat waarin het zich bevond ten tijde van het vestigen van het pandrecht.

Dernburg wijst de strengere opvatting aan als de juiste, hetgeen ik onderschrijf, doch in zijn motivering volg ik hem niet.¹³³ Volgens Dernburg is de prioriteitsregel van toepassing in alle conflicten tussen goederenrechtelijke rechten. Hij noemt bij wijze van voorbeeld een conflict tussen twee pandrechten alsmede een conflict tussen twee rechten van erfdienstbaarheid – in welke twee conflicten hij de prioriteitsregel toepast – en stelt vervolgens dat er geen reden is om eenzelfde toepassing voor het geval waarin zekerheids- en genotsrechten worden gecombineerd na te laten.¹³⁴ De tekst waarop Dernburg zich beroept ten aanzien van colliderende rechten van erfdienstbaarheid getuigt echter veel meer tegen de toepassing van de prioriteitsregel dan ervoor.¹³⁵ Zoals in par. 2.3.2 is besproken kan uit betreffende Digestentekst worden afgeleid dat een tweede recht van erfdienstbaarheid dat feitelijk niet naast het eerst gevestigde recht kan worden uitgeoefend, niet tot stand komt. Tot een collisie van beperkt gerechtigden komt het in een dergelijke geval niet en van toepassing van de prioriteitsregel zal dan ook geen sprake zijn. Daarenboven worden geschillen tussen twee gerechtigden tot een erfdienstbaarheid die in beginsel wel naast elkaar kunnen bestaan, niet opgelost aan de hand van de prioriteitsregel, maar volgens de regels van de gemeenschap.¹³⁶

Het komt mij voor dat de prioriteitsregel onder Romeins recht alleen van toepassing is in geschillen tussen goederenrechtelijke rechten waarin in ieder geval een pandrecht is betrokken. Derhalve moet ook in een conflict van een pandrecht met een genotsrecht, onverschillig of sprake is van een vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid, de toepassing van de prior-tempo-reregel worden aangenomen.

132 De formaliteiten die blijken C. 8,27(28),4; C. 8,27(28),9 en C. 8,29(30),4 voorafgaand aan de veilingverkoop in acht moeten worden genomen zijn erop gericht een zo hoog mogelijke opbrengst te behalen.

133 Zie Dernburg, *Pfandrecht II* (1864), p. 149. Overigens verzacht Dernburg deze strenge toepassing enigszins door erop te wijzen dat de schuldeiser bij de uitoefening van zijn recht zoveel mogelijk rekening moet houden met de belangen van de eigenaar. Ik begrijp de verzachting zo dat de schuldeiser niet vrij van latere beperkte rechten mag executeren indien hij zulks zou doen met geen ander doel dan de beperkt gerechtigden en daarmee de eigenaar te schaden. Men vergelijk het leerstuk van misbruik van recht. Het is immers denkbaar dat de eigenaar jegens de latere vruchtgebruiker aansprakelijk wordt gesteld voor de schade die de vruchtgebruiker lijdt als gevolg van het tenietgaan van zijn recht.

134 Zie Dernburg, *Pfandrecht II* (1864), p. 149 onder verwijzing naar D. 8,3,14 (Pomponius).

135 Zie D. 8,3,14 (Pomponius).

136 In par. 2.3.2 is verdedigd dat dergelijke geschillen aan de hand van de delingsactie worden beslecht.

2.5 SLOTSOM

In het bovenstaande is duidelijk geworden dat de rangorde tussen schuldeisers met een goederenrechtelijk zekerheidsrecht wordt bepaald door de volgorde van vestiging. Aanvankelijk vond de zogenoemde prior-temporeregels onvoorwaardelijke toepassing, onverschillig of er sprake was van pand- of hypotheekrechten en ongeacht de wijze waarop de rechten waren gevestigd. Naar Justiniaans recht is de toepassing van de prioriteitsregel echter als gevolg van twee ontwikkelingen doorbroken.

De eerste ontwikkeling is de voorrang die door Keizer Leo werd verbonden aan een zekerheidsrecht dat was gevestigd bij authentieke of quasi-authentieke akte. Het Romeinse systeem dat een stelsel van registratie en publicatie vreemd is, kende de nodige problemen ten aanzien van het vaststellen van de juiste rangorde en werd bovendien geteisterd door fraude in de zin van antedatering. Derhalve werd gepoogd de vestiging bij authentieke akte te stimuleren, hetgeen als neveneffect met zich mee bracht dat aldus tot stand gekomen zekerheidsrechten geen rang innamen conform de prioriteitsgedachte, maar onverschillig het moment van vestiging een hogere plaats innamen dan zekerheidsrechten die niet bij authentieke akte waren gevestigd.

Daarnaast werd aan bepaalde schuldeisers ter versterking van hun positie een geprivilegieerde hypotheek toegekend. De rang die deze schuldeisers innamen, ontleenden zij aan de wet en niet aan het tijdstip van vestiging. Conflicten waarin een geprivilegieerde hypotheek is betrokken, werden dan ook niet opgelost aan de hand van de prior-temporeregels.

De bevindingen in nummer 2.3 overziend, kan worden vastgesteld dat het toepassingsgebied van de prioriteitsregel zich niet uitstrekt over de goederenrechtelijke genotsrechten in hun onderlinge verhouding bezien. Conflicten doen zich in dat kader slechts voor bij een meervoudige gerechtigdheid tot een erfdienstbaarheid en deze worden opgelost volgens de regels die voor mede-eigenaren gelden. De betreffende beperkt gerechtigden worden beschouwd als gelijkgerechtigden in een gemeenschap en kunnen in het geval van een geschil de praetor om een delingsactie (*iudicium communi dividendo*) verzoeken.

Rechten van erfpacht en opstal ten aanzien van eenzelfde goed kunnen slechts eenmaal rechtsgeldig worden gevestigd en het is aannemelijk, hoewel niet geheel duidelijk, dat hetzelfde voor het recht van vruchtgebruik geldt.

Een conflict waarin een gerechtigde tot een beperkt genotsrecht is betrokken is alleen aan de prioriteitsregel onderworpen indien dat recht collideert met dat van een zekerheidsnemer die de bezwaarde zaak te gelde maakt. Het Corpus Iuris benoemt in dit verband niet met zoveel woorden de prior-temporeregels, maar zijn toepassing ligt wel besloten in het gegeven dat een beperkt gerechtigde zijn recht slechts met inachtneming van de eerder op de zaak gevestigde goederenrechtelijke rechten kan uitoefenen. Zo zal een beperkt genotsrecht dat na een pandrecht is gevestigd – geheel

volgens de gedachte dat het pandrecht eerder is in tijd en daarom sterker is in recht – in het geval van executie tenietgaan. Andersom zal een executerende pandhouder een ouder genotsrecht juist moeten respecteren en de zaak in bezwaarde rechtstoestand moeten uitwinnen.

3 | Het Rooms-Hollandse recht

3.1 INLEIDING

De receptie van het Romeinse recht bereikte vanaf de tweede helft van de vijftiende eeuw ook de Nederlandse gebieden. Mede dankzij de Romeins-rechtelijk geschoolde juristen die op de gerechtshoven werkzaam waren, is het gerecipieerde Romeinse recht het gemene recht van de Republiek geworden. Het werd toegepast ter aanvulling op het inheemse recht dat wordt gekenmerkt door grote verscheidenheid. In theorie was het Romeinse recht de subsidiaire rechtsbron, dat wil zeggen dat het wordt toegepast in die gevallen waarin het plaatselijke gewoonterecht geen uitkomst biedt.¹ In de praktijk kwam het Romeinse recht echter vaak op de eerste plaats omdat het bestaan van andersluidend lokaal recht bij gebreke van een codificatie moeilijk te bewijzen was.²

Ieder gewest in de Republiek was soeverein waardoor er geen rechts-eenheid bestond tussen de gewesten.³ In dit onderzoek zal alleen aandacht worden besteed aan de rechtsontwikkeling van Holland omdat dit gewest de andere op politiek, cultureel en sociaal vlak domineerde en ook op juridisch gebied de boventoon voerde.⁴ Het in Holland geldende recht, een specifiek op dat gewest toegesneden mengvorm van Romeins en inheems recht, wordt het Rooms-Hollandse recht genoemd.⁵

Aan de grote rechtsverscheidenheid kwam eerst onder het centrale gezag van Lodewijk Napoleon een eind door de invoering van het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland. Dit wetboek is van Franse origine en ook het eerste burgerlijk wetboek van eigen bodem uit 1838 is

1 Deze verhouding wordt beschreven door Hugo de Groot in zijn Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid. Zie De Groot I,2,22. Men moet zich realiseren dat het gewoonterecht destijds per regio kon verschillen en daarmee verschilde dus ook de omvang van de receptie van het Romeinse recht. Zie Lokin & Zwolve 2014, p. 351-353.

2 Zie Feenstra 1950, p. 37.

3 Naast het doorgaans ongeschreven gewoonterecht was er ook regelgeving van overheidswege – te weten ordonnanties, privileges en keuren – die slechts rechtskracht had binnen het betreffende gewest of de betreffende stad.

4 De juridische dominantie dankte Holland aan de aanwezigheid van de gerechten het Hof van Holland en de Hoge Raad, de prestigieuze Universiteit Leiden en de systematische uiteenzetting over het Rooms-Hollandse recht van Hugo de Groot. Zie Zimmerman 1992, p. 19-25.

5 De term 'Rooms-Hollands recht' is ontleend aan het in 1652 verschenen Kort begrip van het Rooms-Hollands regt van de hand van Simon van Leeuwen en is sindsdien als begrip ingeburgerd.

sterk geïnspireerd door Frans recht.⁶ Het lijkt daarom voor een goed begrip van het huidige recht niet van belang om stil te staan bij de rechtsontwikkeling van de Republiek der Verenigde Nederlanden, ware het niet dat de wetgever van het BW van 1838 op het gebied van de zekerheidsrechten bewust van het Franse recht is afgeweken.⁷ Het Nederlandse zekerhedenrecht, het toepassingsgebied van de prior-temporeregels, is namelijk gegrond op de beginselen van publiciteit en specialiteit, in tegenstelling tot het Franse recht dat zich nooit heeft weten te ontdoen van wettelijke en gerechtelijke hypotheek en bovendien generale hypotheek kent.⁸ Een bespreking van het Rooms-Hollands recht is relevant omdat de introductie van het specialiteitsbeginsel zich alleen tegen de achtergrond van het Rooms-Hollandse recht goed laat begrijpen. Naar hierna duidelijk zal worden, is het betreffende beginsel ontsproten uit een van de prioriteit afwijkende regels van gewoonterecht.

3.2 VAN ONDERZETTING

In het achtenveertigste deel van boek twee van zijn *Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*, het standaardwerk over het Rooms-Hollandse recht, behandelt Hugo de Groot (1583-1645) 'de gerechtigheid over eens anders zaeck, diendende tot zeeckerheid van inschuld, [...] genoemd onderzetting'.⁹ In navolging van het Romeinse recht, kent het Rooms-Hollandse recht goederenrechtelijke zekerheidsrechten die de zekerheidsnemer het recht geven om zich bij voorrang voor de overige crediteuren te verhalen op de opbrengst van het bezwaarde goed. Het Rooms-Hollandse stelsel van zekerheidsrechten maakt onderscheid in generale en bijzondere hypotheek die zowel krachtens overeenkomst konden ontstaan (conventionele) alsook op

6 Op 1 mei 1809 werd het Wetboek Napoleon ingevoerd, dat in 1811 als gevolg van de inlijving bij Frankrijk werd vervangen door de Code civil. Na het herstel van de onafhankelijkheid bleef krachtens de proclamatie van 21 november 1813, *Stb.* nr. 1, in afwachting van een nationaal wetboek de Franse Code civil van kracht.

7 Uiteraard wijkt het OBW op meer punten af van de Code civil, waarbij met name de wijze van eigendomsoverdracht kan worden genoemd. Zie voor een vergelijking van de wetboeken Asser 1838.

8 Zie Voorduin IV, p. 433. Zie ook p. 463 waar uit een redevoering van Sypkens ter zake van het Franse zekerhedenrecht staat geciteerd dat 'men heeft erkend de noodzakelijkheid der publiciteit en specialiteit der hypotheek, en daardoor tevens het verkeerde van algemeene en verborgene verbanden. Men heeft getracht het goede van beide stelsels te behouden, maar men is geëindigd met het geheel te bederven'. Immers, zo verklaart C. Asser, 'indien er een algemeen verband konde bestaan, hetwelk, door middel eener enkele inschrijving, op alle de onroerende goederen van den schuldenaar kleefde, dan zoude het voordeel van openbare eigendomsregisters, ten aanzien der onderzettelingen, ten eenenmale in rook verdwijnen'. Zie Asser 1838, p. 422.

9 De Groot II,48,1. De Groot maakt geen terminologisch onderscheid tussen pand en hypotheek.

de wet konden berusten (legale) en bovendien op zowel roerende als onroerende goederen konden worden gevestigd.¹⁰

Een conventionele hypotheek op onroerende zaken diende te worden gevestigd en geregistreerd bij het gerecht van de plaats waar het onroerend goed was gelegen.¹¹ Daarnaast moest er een belasting worden betaald, de zogenoemde veertigste penning. Ten aanzien van zekerheidsrechten op roerende zaken golden geen vormvereisten.¹² Deze konden worden gevestigd bij enkele overeenkomst doch dienden om werking tegenover overige crediteuren te verkrijgen te worden gevestigd voor getuigen.¹³ Dit betekent echter niet dat daarmee aan een hypotheek op roerende goederen volledig zaaksgevolg toekwam. Op grond van de gewoonterechtelijke regel 'roerend goed heeft geen gevolg van hypotheek' ging het recht van hypotheek teniet indien een derde de zaak krachtens een geldige titel en om baat verkreeg.¹⁴ Hetzelfde gold wanneer een derde de bezwaarde zaak in vuistpand had verkregen.¹⁵

Alleen aan een speciale hypotheek op onroerend goed werd volledig zaaksgevolg toegekend.¹⁶ Deze hypotheek was immers gelet op de vestigingsvereisten kenbaar voor derdeverkrijgers. De beperkte kenbaarheid van een conventionele generale hypotheek heeft ertoe geleid dat deze sterk werd beknot in haar zaaksgevolg. Er was ten aanzien van de onroerende zaken waarover de generale hypotheek zich uitstrekt wel enige mate van kenbaarheid – vestiging en registratie bij een gerecht was immers een vereiste – maar de hypotheek kon zijn gevestigd in een ander arrondissement dan waar de betreffende onroerende zaak was gelegen.¹⁷ Ontzegging van ieder zaaksgevolg was onredelijk en daarom heeft men het zaaksgevolg in die zin beknot dat de crediteur zijn recht alleen kon uitoefenen onder derden die de zaak om niet hadden verkregen.¹⁸ Indien de derde een koopprijs had betaald, verkreeg hij de zaak in onbezwaarde staat. Er is immers geen reden om degene

10 De Groot II,48,7; II,48,22 en II,48,25.

11 Zie Groot Placaet-boek (GPB) I, nr. 373, De Groot II,48,30; II,48,23 en De Blécourt/Fischer, nr. 179. De vestiging van een generale hypotheek kon plaatsvinden voor iedere rechter in Holland, zodat niet voor ieder in een ander arrondissement gelegen onroerend goed een afzonderlijke vestiging was vereist. Zie art. 35 Politieke Ordonnantie van Holland van 1580, GPB I, nr. 338.

12 Zie De Groot II,48,28 en 29. In latere keuren van stedelijke overheden is echter wel een registratievereiste terug te vinden voor de (overdracht en) verpanding van roerende zaken. Registratie was overigens niet nodig indien bezitsverschaffing – anders dan door *constitutum possessorium* – plaatsvond. Zie hierover Pos, diss. 1970, p. 165.

13 De Groot II,48,28. De vestiging kon eveneens door middel van bezitsverschaffing plaatsvinden, zie De Groot II,48,27.

14 De Groot II,48,29 vermeldt alleen het vereiste van een geldige titel. Uit de later in Lund teruggevonden aantekeningen blijkt dat het hypotheekrecht slechts teniet ging indien de derde om baat heeft verkregen. Zo blijkt ook uit Van der Keessel, Th. 432. Zie voor de gewoonterechtelijke regel Pos, diss. 1970, p. 180-183.

15 Van der Keessel, Th. 434.

16 De Groot II,48,32.

17 De Groot II,48,23.

18 Zie De Groot II,48,24. Deze regeling omtrent het zaaksgevolg loopt in de pas met die van roerende zaken. Zo ook Van der Keessel, Th. 429.

die de zaak om niet had verkregen te verrijken ten koste van de crediteur wiens zekerheidsrecht teniet ging zonder dat hij betaling had ontvangen.¹⁹

Hypotheken die van rechtswege ontstaan, de zogenoemde stilzwijgende (legale) onderzettingen, werden eveneens onderscheiden in speciale en generale.²⁰ Deze zekerheidsrechten waren niet gebonden aan de vereisten van gerechtelijke vestiging en registratie, hetgeen de bestaande publiciteit heeft doorbroken. Sommige van deze legale hypotheken waren bovendien geprivilegieerd.²¹ Het is dan ook niet verwonderlijk dat de hoogleraar Johannes Voet (1647-1713) het stelsel van zekerheidsrechten omschrijft als 'een labyrint van crediteuren, waarin juristen zich langs bochtige wegen en oneffen paden voortbewegen'.²²

3.3 HET BIJZONDERE GAAT VOOR HET GENERALE ZEKERHEIDSRECHT

De beschikkingsbevoegdheid van een schuldenaar ten aanzien van zijn zaak wordt door de vestiging van een zekerheidsrecht op die zaak niet aangetast. Het staat hem derhalve vrij zijn zaak ten behoeve van meerdere schuldeisers te verpanden. Als een schuldenaar zulks heeft gedaan, rijst de vraag hoe de verschillende schuldeisers met een zekerheidsrecht op dezelfde zaak zich onderling verhouden.²³ Naar Romeins recht werden geschillen tussen verschillende hypotheekhouders uitsluitend beslecht aan de hand van de prior-temporeregels.²⁴ Een schuldeiser met een ouder zekerheidsrecht had voorrang boven een schuldeiser met een jonger recht. Het maakte geen verschil of sprake was van een generaal of bijzonder zekerheidsrecht en ook niet of het bezit van de zaak aan de schuldeiser was verschaft.

Een consequentie van de exclusieve toepassing van de prioriteitsregel onder het gemene recht is dat het een crediteur met een eerder gevestigd generaal zekerheidsrecht vrijstond dát goed uit te winnen dat tevens speciaal ten behoeve van een latere crediteur was verpand. De latere crediteur stond bloot aan de willekeur van de oudste schuldeiser bij de uitoefening

19 Zie voor dit argument Voet 20,1,14 en Van der Keessel, Th. 429. Pos vermoedt dat het gevaar van paulianeus gedrag ten grondslag ligt aan het vereiste van om baat, zie Pos, diss. 1970, p. 147, voetnoot 6.

20 De Groot geeft een opsomming van de legale hypotheken in II,48,11-21. Zie over het zaaksgevolg te dien aanzien De Blécourt/Fischer, nr. 178.

21 Ik noem bij wijze van voorbeeld de hypotheek van de fiscus en de hypotheek van de ambachtsman wegens onderhoud of reparatie aan het goed. Zie Bynkershoek I, nr. 429 en II, nr. 1166 en 1187.

22 Voet 20,4,17.

23 De vraag naar de rangorde zal pas acuut zijn zodra de debiteur tekortschiet in zijn betalingsverplichting en een van de schuldeisers wil overgaan tot executie van een zaak waarop meerdere zekerheidsrechten zijn gevestigd. Overigens kwam het niet tot een collisie van schuldeisers indien de jongste zekerheidsnemer bezwaarde roerende zaken in vuistpand had verkregen omdat in dat geval het recht van eerdere zekerheidsnemers op die roerende goederen teniet was gegaan. Zie hierboven voetnoot 14.

24 De in par. 2.2.3 en 2.2.4 besproken uitzonderingen laat ik hier buiten beschouwing.

van zijn recht. Deze was niet gehouden om enige zorgvuldigheid jegens de tweede crediteur te betrachten.²⁵ Dat was slechts anders, zo blijkt uit C. 8,13(14),2, indien de eerste zekerheidsnemer zowel een generale als een speciale hypotheek had en een tweede zekerheidsnemer een speciaal zekerheidsrecht.²⁶ Dan moest de eerstgenoemde, mits dat voor zijn vordering voldoende verhaal bood, eerst zijn speciale hypotheek uitwinnen.²⁷ Hieruit moet echter niet de gevolgtrekking worden gemaakt dat een latere speciale boven een eerdere generale hypotheek werd gesteld. De regel uit C. 8,13(14),2 werd in zijn toepassing beperkt tot het aldaar beschreven geval.²⁸

Tot de tweede helft van de zestiende eeuw werd de prior-temporeregel onverkort toegepast in geschillen tussen schuldeisers met een goederenrechtelijk zekerheidsrecht op dezelfde zaak. Zo vermeldt een Leidse Keur uit 1545 dat de crediteur met het oudste zekerheidsrecht voorrang heeft boven diegene met een jonger recht.²⁹ Ook de laatmiddeleeuwse commentator Antonius Negusantius (1465-1528) hield sterk vast aan de toepassing van de prioriteitsregel.³⁰ Het Hof van Holland besliste in een geschil tussen crediteuren met verschillende – speciale en generale – zekerheidsrechten eveneens dat

‘de praefereentie behoort te geschieden naar de datums van de constitutie-brieven in alle de penningen promiscue gekomen van de verkogte speciale ende generale landen ende hypotheken’.³¹

-
- 25 Zie Voet 20,1,15, alwaar hij dit geval onder Romeins recht bespreekt.
- 26 Zie over dit zogeheten *beneficium excussionis realis* Wolff, diss. 1894 en Zwolve, *GrOM* 2010, p. 129-146.
- 27 Negusantius merkt op dat de billijkheid aan deze regel ten grondslag ligt aangezien de eerste crediteur *de rigore iuris* (naar de hardheid van de wet) kan uitwinnen wat hij wil, maar in dit geval *de aequitate* (naar de billijkheid) is gehouden te kiezen voor de speciale hypotheek. Zie Negusantius V, 2, paragraaf 51. Het blijft natuurlijk de vraag waarom deze billijkheid slechts een rol speelde bij cumulatie van een generaal en een speciaal zekerheidsrecht. Zie Wolff, diss. 1894, p. 20 e.v.
- 28 De regel wordt bestempeld als *exorbitans* (buitensporig) en wordt geacht in strijd te zijn met D. 20,4,2 (Papinianus). Zie het bij Negusantius V, 2, paragraaf 51 geciteerde.
- 29 Zie Keurboek van 1545, boek IV, nummer 40. Te raadplegen in H.G. Hamaker, *De middeleeuwse keurboeken van de stad Leiden*, Leiden: Van Doesburgh 1873, p. 426-427.
- 30 Als uitzondering op de toepassing van de prioriteitsregel noemt hij alleen de geprivilegieerde legale hypotheek en diegene die zijn gevestigd bij (quasi-)authentieke akte. Zie Negusantius V, 2, paragraaf 15-28 voor legale hypotheek en paragraaf 47-50 voor de *lex scripturas*, de door keizer Leo ingevoerde voorrang voor een bij authentieke akte gevestigde hypotheek jegens onderhands gevestigde hypotheek. Bovendien doen de uitvoerige discussie over de uitleg van C. 8,13(14),2 en de stevige kritiek hierop vermoeden dat er geen van de prioriteit afwijkende regel bestaat. Zie Negusantius V, 2, paragraaf 51.
- 31 In weerwil van het feit dat de rechtspraak destijds niet werd gepubliceerd, verschaft de in 1617 op naam van Cornelis van Nieustad (Neostadius) uitgegeven verzameling uitspraken (*decisiones*) van het Hof van Holland en de Hoge Raad enig inzicht in de motivering die aan de beslissing ten grondslag heeft gelegen. Zie Neostadius, dec. 25. Overigens is het auteurschap van de *decisiones* abusievelijk aan hem toegeschreven; de werkelijke auteur is Pelgrim van Loo. Zie L.J. van Apeldoorn, *Uit de praktijk van het Hof van Holland in de tweede helft van de zestiende eeuw. Een handschrift* (Oud-vaderlandse rechtsbronnen Reeks III, deel 7), Utrecht 1938, p. 1-10.

Het hof rangschikt de schuldeisers naar het tijdstip van de vestiging van de hypotheek, zonder onderscheid te maken tussen generale en speciale hypotheeken. Van groter belang is hetgeen onder deze beslissing staat aangetekend:

‘Dit heeft plaats gehadt voor het publiceren van de Politieke ordonnantie maar cesseert nu. vide art. 34, van de selve.’³²

Hieruit volgt dat de Politieke Ordonnantie van Holland van 1 april 1580 voor de verhouding tussen generale en bijzondere hypotheekhouders een van de prior-temporeregels afwijkende regeling heeft geïntroduceerd. Artikel 35 bepaalt dat een crediteur met een speciale hypotheek op een onroerende zaak wordt geprefereerd boven een crediteur met een generale hypotheek, ook al is de generale hypotheek eerder gevestigd.³³ Deze regel die ten faveure van speciale hypotheekhouders werkt, heeft sindsdien ook zijn ingang gevonden in de rechtspraak van de Hoge Raad.³⁴ Voor de stad Amsterdam werd krachtens een bijzonder privilege een uitzondering gemaakt en daar bleef dus het *ius commune* van kracht.³⁵ Ook op hypotheeken op roerende goederen bleef de prioriteitsregel van toepassing omdat het gewoonterecht alleen ten aanzien van hypotheeken op onroerende goederen van het *ius commune* afweek.

De voor de rangorde tussen bijzondere en generale hypotheeken op onroerend goed geldende stelregel ‘bijzonder gaat voor generaal’ is sindsdien bij de rechtsgeleerden onomstreden. De Groot schrijft in zijn Inleiding dat een bijzondere jongere hypotheek op een onroerende zaak, mits voldaan aan de vestigingsvereisten,³⁶ meer kracht heeft dan een oudere generale.³⁷

32 Bedoeld is te verwijzen naar art. 35.

33 Art. 35: [...] Ende belangende constitutie ende verbande van generale hypotheecque, die nae twee maenden nae de publicatie van desen gedaen sullen worden, deselve en sullen geensins hinderlijck wesen ofte prejudiceren dengheenen die constitutie ofte verbandt van speciaal hypotheecque naemaels sullen verkrijgen, sulcks dat degeene dien speciaal eenige onroerende goederen verbonden sullen worden, in deselve speciale hypotheque ende de penningen, daarvan procederende, sullen worden geprefereert dengeenen dien onder generale hypotheecque, nae de voorschreve twee maenden na de publicatie van desen, gestelt sal wesen.

34 Zie Neostadius, dec. 41. De Hoge Raad van Holland werd in 1582 opgericht als opvolger van de Grote Raad van Mechelen, waarna in 1587 ook Zeeland zich aan de rechtsmacht van de Raad onderwierp. Gelet op deze jaartallen zijn de uitspraken in ieder geval gedaan na de publicatie van de Politieke Ordonnantie.

35 In Amsterdam heeft art. 35 van de Politieke ordonnantie ‘verscheyden questien, processen ende misverstanden veroorsaect’. Op 8 maart 1594 werd daarom bij Octrooi door de State van Hollandt verklaard dat ‘altijts geprefereert sullen zijn die geene die ouder recht van verbandt, ’t zy generaal of speciaal sal hebben verkregen’. Zie *GPB* II, nr. 2212.

36 Zie hierboven voetnoot 11.

37 De Groot II,48,34. Zo ook Van Leeuwen IV,13,18.

Ook bij De Groot is de uitzondering voor Amsterdam te vinden, alwaar zonder onderscheid tussen bijzondere en algemene hypotheeken de oudere voor de jongere gaat.³⁸

Het Romeinse recht bepaalt uitdrukkelijk dat de crediteur met het oudste zekerheidsrecht, ook al is het een generale hypotheek, niet lastig dient te worden gevallen door latere crediteuren, simpelweg omdat zijn zekerheidsrecht eerder is gevestigd.³⁹ Simon van Groenewegen van der Made (1613-1652) merkt in zijn gezaghebbende uiteenzetting over de rechtskracht van het Romeinse recht in Holland, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis* (verhandeling over afgeschafte en in onbruik geraakte bepalingen) bij C. 8,17(18),6 dan ook op:

Tegenwoordig heeft een speciale hypotheek op een onroerende zaak voorrang boven een vroegere generale hypotheek.⁴⁰

Groenewegen voegt hier onmiddellijk aan toe dat in Amsterdam het *ius scriptum* blijft gehandhaafd, waarmee hij het geschreven Romeinse recht bedoelt.

Ook Voet stelt onder verwijzing naar de Politieke Ordonnantie dat het naar Hollands recht duidelijk is dat een eerder gevestigde conventionele generale hypotheek wordt achtergesteld bij een later gevestigde speciale.⁴¹ Uit deze passage blijkt dat de toepassing van de inheemse rechtsregel was beperkt tot conventionele hypotheeken. Ten aanzien van legale hypotheeken gold geen bijzondere regeling zodat een generale legale hypotheek rang innam naar het tijdstip van totstandkoming.⁴² In een conflict tussen een conventionele speciale hypotheek en een legale generale hypotheek van eerdere datum moest de conventionele speciale hypotheek wijken voor een oudere legale generale hypotheek omdat de uitzondering op de prior-temporeregels alleen voor de speciale hypotheek jegens een conventionele generale hypotheek gold.

De stelregel 'bijzonder gaat voor algemeen' – die dus is beperkt tot speciale hypotheeken op onroerende zaken jegens conventionele generale hypotheeken – volgt ook uit de achttiende-eeuwse rechtspraak van de Hoge Raad. In de *Observationes Tumultuariae* (niet systematisch geordende beschouwingen) van Cornelis van Bynkershoek (1673-1743), raadsheer in de Hoge Raad vanaf 1704 en in 1724 benoemd tot president, is de betreffende regel op ver-

38 De Groot II,48,38 en 40. Zo ook bij Van Leeuwen IV,13,18.

39 Zie C. 8,17(18),6.

40 Groenewegen ad C. 8,17(18),6: 'Hodie posterior rei immobilis hypotheca specialis praefertur generali anteriori.'

41 Voet 20,1,16: 'Quamvis autem Hollandiae jure certum sit, generalem anteriorem hypothecam conventionalem debiliorem esse speciali posteriore, eique postponi.'

42 Voet 20,1,14 en Van der Keessel, Th. 429.

scheidene plaatsen terug te vinden.⁴³ De Hoge Raad bevestigt de toepassing van de Politieke Ordonnantie door in faillissementskwesties een schuldenaar met een speciaal zekerheidsrecht op een onroerende zaak boven schuldenaren met een generaal zekerheidsrecht te rangschikken.⁴⁴ Daarnaast blijkt uit de rechtspraak dat de bovengenoemde stelregel ook buiten het gewest Holland van kracht was. Het gewoonterecht van sommige plaatsen in Zeeland, waar de Politieke Ordonnantie uiteraard niet gold, gaf namelijk een jongere speciale hypotheekhouder eveneens de voorkeur boven een schuldeiser met een generale hypotheek.⁴⁵

De aantekeningen van Van Bynkershoek illustreren tevens de frustrerende werking die de geprivilegieerde legale hypotheek hadden op de rechtszekerheid.⁴⁶ Schuldeisers met een conventionele hypotheek liepen het risico hun vordering niet volledig te kunnen verhalen omdat sommige andere schuldeisers die hun zekerheidsrecht ontleenden aan de wet werden geprivilegieerd. In vele conflicten tussen crediteuren omtrent hun rangorde nam degene met een dergelijk geprivilegieerd zekerheidsrecht de eerste plaats in, waarna niets meer voor de overige schuldeisers resteerde.⁴⁷

Ook verschaffen de *observationes* inzicht in de wijze waarop de geprivilegieerde hypotheek zich onderling verhielden. Op de eerste plaats kwam de executant voor de kosten van de executie, gevolgd door de fiscus die rang innam voor de overige legale geprivilegieerde hypotheekhouders.⁴⁸ Zo liet de timmerman aan wie een hypotheek toekwam voor de kosten die hij heeft gemaakt voor het onderhoud of de reparatie van de zaak de fiscus voorgaan en ook de pupil met een geprivilegieerde stilzwijgende hypotheek op het vermogen van zijn voogd tot zekerheid van de eventuele vorderingen die hij tegen zijn voogd mocht krijgen, nam rang in na de fiscus.⁴⁹

43 Rechters hadden destijds de gewoonte hun beslissing niet te motiveren. In het archief van de Hoge Raad zijn dan ook alleen de naam en hoedanigheid van de partijen en de uitspraak van het betreffende geschil terug te vinden. Van Bynkershoek maakte echter persoonlijke notities van zijn werkzaamheden als raadsheer en die geven wel enig inzicht in de motivering van de Hoge Raad. Het maken van aantekeningen werd na zijn dood door Willem Pauw, zijn schoonzoon, op dezelfde wijze voortgezet. De zogenoemde *observationes tumultuariae* respectievelijk *observationes tumultuariae novae* zijn in 1918 door Meijers herontdekt en tussen de jaren 1926 en 1972 in acht afzonderlijke delen uitgegeven.

44 Bynkershoek I, nr. 272 en II, nr. 1166 en 1561.

45 De gewoonterechtelijke regel bestond in ieder geval in Vlissingen, zie Pauw I, nr. 187 en 267 en vermoedelijk ook in Zierikzee, zie Bynkershoek I, nr. 77. In Friesland daarentegen heeft de betreffende regel geen ingang gevonden. Daar was de Romeinsrechtelijke regel van C. 8,17(18),6 onverkort van kracht, zie Huber II,50,41.

46 Voor de duidelijkheid zij opgemerkt dat uiteraard niet iedere legale hypotheek is geprivilegieerd.

47 Zie bijvoorbeeld Bynkershoek II, nr. 1166, waar zelfs de geprivilegieerde hypotheekhouder geen volledige voldoening van zijn vordering kreeg.

48 Zie Bynkershoek II, nr. 1155 en 1166.

49 Zie bijvoorbeeld Bynkershoek I, nr. 58, 429, 444 en II, nr. 1177, 1187 en 1800.

Indien aan een legale hypotheek geen geprivilegieerde werking toekwam, werd haar rang bepaald aan de hand van het tijdstip van totstandkoming. Voet stelt dat het voor de toepassing van de prior-temporeregels niet uitmaakt of er sprake is van conventionele of legale hypotheek, met dien verstande dat de prioriteitsregel alleen jegens een generaal conventionele hypotheek door het gewoonterecht opzij wordt gezet.⁵⁰ Een conventionele generaal hypotheek moest dus iedere speciale hypotheek voor laten gaan en had alleen een sterkere positie ten opzichte van jongere conventionele generaal hypotheekhouders en – uiteraard – onverzekerde schuldeisers.

3.4 SLOTSOM

Met de invoering van de Politieke Ordonnantie van Holland in 1580 kwam een einde aan de beginselvaste gelijkwaardigheid tussen generaal en bijzondere zekerheidsrechten. Niet langer werd de rangorde tussen schuldeisers – geprivilegieerde hypotheekhouders daargelaten – exclusief beheerst door de prior-temporeregels. Een schuldeiser ten behoeve van wie het gehele vermogen van zijn debiteur hypothecair was verbonden, werd, zelfs als hij eerder in tijd was, achtergesteld bij een speciale hypotheekhouder. De hieruit volgende gewoonterechtelijke regel ‘bijzonder gaat voor algemeen’ stelde de Romeinsrechtelijke prioriteitsregel buiten toepassing voor zover de speciale hypotheek was gevestigd op een onroerende zaak en de generaal hypotheek krachtens overeenkomst was ontstaan. Conflicten daarentegen waarin schuldeisers met legale generaal hypotheekhouders of hypotheekhouders op roerende goederen waren gemoeid, werden nog steeds aan de hand van de prioriteitsregel beslecht.

De toepassing van de prioriteitsregel is eveneens terug te vinden in Amsterdam, voor welke handelsstad een uitdrukkelijke uitzondering werd gemaakt op het elders in Holland geldende gewoonterecht. Het vorenstaande illustreert treffend dat gewoonterechtelijke regels geenszins algemene gelding hadden omdat deze van plaats tot plaats konden verschillen.

In de ontwikkeling van het Rooms-Hollandse zekerhedenrecht ligt een zekere voorkeur besloten voor speciale zekerheidsrechten. Deze voorkeur voor de speciale of, zo men wil, afkeer van de generaal hypotheek, heeft uiteindelijk geleid – naar in het volgende hoofdstuk duidelijk zal worden – tot de invoering van het specialiteitsbeginsel.

50 Zie Voet 20,4,28.

4 | Het Nederlandse recht voor de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992

4.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is beschreven dat gelet op het staatsbestel van de Republiek der Verenigde Nederlanden rechtsuniformiteit onmogelijk was.¹ Ieder gewest was soeverein en leefde naar zijn eigen recht. De gemeenschapelijke rechtsbron die er was – te weten het Romeinse recht – had slechts subsidiaire werking. Aan die rechtspluriformiteit leek in 1798 een eind te komen.² De Burgerlijke en Staatkundige Grondregels van de op 1 mei van dat jaar ingevoerde Staatsregeling schreven voor dat er een burgerlijk wetboek zou worden gemaakt.³ Ter uitvoering daarvan werd de zogeheten ‘Commissie van Twaalf’ ingesteld. In het vervaardigen van een wetboek was deze commissie niet geslaagd toen Lodewijk Napoleon in 1806 bij traktaat van 24 mei tot koning van Nederland werd benoemd. De jongere broer van keizer Napoleon begon ijverig aan zijn werkzaamheden als koning en gaf weldra opdracht aan de Amsterdamse advocaat Joannes van der Linden om de samenstelling van het burgerlijk wetboek op zich te nemen. Onder druk van keizer Napoleon – hij had Lodewijk gelast de Code Napoleon per 1 januari 1808 onverkort in te voeren – werd de poging van Van der Linden gestaakt. Lodewijk riep niettemin een nieuwe commissie in het leven om de Code Napoleon aan Nederlandse omstandigheden aan te passen.⁴ De werkzaamheden van deze commissie resulteerden in het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland (WNH) dat op 1 mei 1809 in werking trad. De rechtskracht van dit wetboek was echter van korte duur omdat

1 Zie hierboven p. 33.

2 De Bataafse Republiek was reeds een feit in 1795, doch de pogingen om tot een nationale wetgeving te komen waren op niets uitgelopen omdat alle beoogde commissieleden de taak van wetgeving van de hand hadden gewezen. Pas na de staatsgreep in 1798 begint de Nederlandse codificatiegeschiedenis.

3 De staatsregeling is opgenomen in Van Hasselt 1987, p. 21. Het betreffende artikel 28 verbindt tevens een uiterlijke termijn van twee jaar aan de inwerkingtreding van een Burgerlijk Wetboek dat naast een Wetboek van Lijfstraflijke Wetten en een Wetboek van Regtsvordering zal worden ingevoerd.

4 Het aantal aanpassingen op de Code Napoleon was anders dan de naam van het wetboek suggereert, niet gering. Het aangepaste Wetboek Napoleon is sterk door het Ontwerp Van der Linden beïnvloed, zie Cerutti 1965, p. 61-71 en kan zelfs als zelfstandig wetboek worden aangemerkt, aldus Brandsma 2006, p. 246 en 247, die overigens treffend opmerkt dat Lodewijk met dit handelen op ramkoers bleef varen met zijn broer en hiermee tevens de kiemen voor zijn aftreden had gezaaid. Zie Brandsma 2006, p. 227.

keizer Napoleon, nadat Nederland in 1810 was ingelijfd bij Frankrijk, op 1 maart 1811 het WNH verving door de Code civil. Na het herstel van de onafhankelijkheid in 1813 benoemde Willem I bij besluit van 18 april 1814 een commissie, waaraan buitengewoon staatsraad Joan Melchior Kemper werd toegevoegd, die zich zou belasten met het opstellen van een nationaal burgerlijk wetboek.⁵ De commissie nam niet het WNH tot grondslag van het nieuwe ontwerp, maar legde zich na aandringen van Kemper toe op de vervaardiging van een oorspronkelijk Nederlands werk.⁶ Dat werk kreeg uiteindelijk vorm in het Ontwerp 1816. Staatkundige veranderingen – in 1815 werden als resultaat van het Congres van Wenen de Zuidelijke Nederlanden met de Noordelijke Nederlanden verenigd – leidden ertoe dat het uitsluitend Noord-Nederlandse ontwerp van 1816 moest worden herzien.⁷ Het als gevolg van de bezwaren van zuidelijke zijde gewijzigde ontwerp – het zogeheten Ontwerp 1820 – werd vervolgens bij de Tweede Kamer ingediend.⁸ Intussen won de gedachte om het bestaande wetboek, de Franse Code civil die in afwachting van een nationaal wetboek van kracht bleef,⁹ behoudens enkele wijzigingen over te nemen, meer en meer bijval.¹⁰ Deze gedachte bleek te meer uit de behandeling in de Tweede Kamer, waarin grote delen van het ontwerp werden verworpen en voor het overige zoveel wijzigingen werden voorgesteld dat in feite sprake was van een totale verwerping van het ontwerp.¹¹ De Commissie van redactie die weldra werd ingesteld, kreeg als taak om naar aanleiding van de beraadslaging in de Kamer een ontwerp op te stellen.¹² Al snel werd duidelijk dat de Commissie van redactie waarbinnen Pierre-Thomas Nicolaï een hoofdrol speelde, een andere koers ging varen. De codificatiewerkzaamheden hebben uiteindelijk geresulteerd in het Wetboek van 1830 dat veel ontleende aan de Franse Code civil.¹³ De invoering van dit wetboek werd opnieuw verstoord door politieke feiten.

5 De vorst gaf hiermee uitvoering aan artikel 100 van de Grondwet van 1814. De strekking van dit artikel is gelijk aan het hierboven in voetnoot 3 genoemde artikel 28 van de Staatsregeling van 1798.

6 Het WNH is naar het oordeel van Kemper 'te veel op de leest van den code Napoleon geschoeid' en men herkende 'te zeer het model van vreemden oorsprong' erin. Zie Voorduyn I, I, p. 17 en 18.

7 Bij KB 16 maart 1816 onderwierp Willem I het ontwerp aan een commissie van drie rechtsgeleerden uit de Zuidelijke provinciën, te weten Lammens, De Guchteneere en Nicolaï. Zie over deze commissie Gillissen 1967, p. 392 e.v.

8 Zie voor de Belgische bezwaren – het ontwerp werd onder meer geacht te omslachtig, slecht ingedeeld en in onduidelijke taal gesteld te zijn – Cleveringa 1938, p. 282-299.

9 Zie proclamatie van 21 november 1813, *Stb.* nr. 1.

10 Opvallend genoeg bleek niet alleen onder de Kamerleden uit de Zuidelijke, maar ook uit de Noordelijke Nederlanden weinig draagvlak te vinden voor het ontwerp van Kemper. Zie Cleveringa 1938, p. 302, Diephuis I, p. 129 en 130 en Lokin & Zwalve 2014, p. 374. Voorduyn merkt op dat 'men den afkeer van het Fransche bestuur had leeren afscheiden van de Fransche wetgeving', zie Voorduyn I, I, p. 175.

11 Lokin & Zwalve 2014, p. 374.

12 Zie Voorduyn I, I, p. 278.

13 Zie over dit wetgevingsproces uitgebreid Voorduyn I, I, p. 277-314.

In augustus 1830 was namelijk de Belgische opstand uitgebroken, hetgeen de op 1 februari 1831 voorziene invoering van het wetboek verhinderde. Na de Belgische onafhankelijkheid dienden de reeds aangenomen wetboeken eerst opnieuw te worden herzien voordat zij in werking mochten treden. De aanpassingen op het meest recente ontwerp – men greep dus niet terug op het ontwerp van Kemper, maar nam het Wetboek van 1830 als uitgangspunt – waren er met name op gericht terug te komen op enkele punten waarbij men aan de aandrang van de Belgische leden had toegegeven.¹⁴ Uiteindelijk trad het Burgerlijk Wetboek op 1 oktober 1838 tezamen met het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Wetboek van Koophandel in werking.¹⁵

Van alle commissies die in de periode vanaf 1798 tot 1838 aan de codificatie van een burgerlijk wetboek hebben gewerkt, zagen slechts twee hun ontwerp uiteindelijk als wetboek worden ingevoerd. Afgezien van de Franse Code civil die niet tot de Nederlandse codificatiegeschiedenis behoort, hebben immers alleen het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland (1809-1811) en het Burgerlijk Wetboek van 1838 (tot 1992) kracht van wet gekregen. Hoewel de werkzaamheden van de andere commissies in meer of minder voltooide vorm in het ontwerpstadium zijn blijven steken, verdienen deze ontwerpen toch een korte behandeling. Het belang voor de rechtsontwikkeling moge dan gelet op de grote Franse invloed op het Burgerlijk Wetboek van 1838 betrekkelijk gering worden geacht,¹⁶ enige aandacht voor de ontwerpen kan niettemin worden verantwoord door het feit dat de arbeid is verricht door juristen die bij hun tijdsgenoten een zekere faam hadden.¹⁷ Daarnaast hebben deze juristen steeds het werk van hun voorgangers bij hun werk betrokken en hebben zij bovendien doorgaans in opeenvolgende commissies zitting gehad.¹⁸ Het is meer in het bijzonder de moeite waard om bij de ontwerpen stil te staan omdat voor wat betreft het zekerhedenrecht het BW van 1838 juist wel van de Code civil afwijkt.¹⁹

14 Voorduin IJ, p. 365.

15 Reeds in april 1834 was de herziening van het Burgerlijk Wetboek voltooid, maar met de invoering werd gewacht totdat ook de andere wetboeken waren herzien.

16 Het Ontwerp 1820 wordt weliswaar door sommigen als ‘de voornaamste’ of ‘meest gewichtige’ bron van het BW van 1838 beschouwd, zie respectievelijk Goudsmit, *Themis* 1861, VIII, p. 373 en De Bosch Kemper 1864, p. VIII, Diephuis bepleit echter met steun van Land dat hieraan in het algemeen geen grote waarde voor de uitleg van het recht mag worden toegekend. Zie Diephuis I, p. 165 en 166 en Land 1899, p. 121.

17 De faam die de codificatoren hadden, kwam de door hen vervaardigde ontwerpen evenzeer toe. Zo wordt bijvoorbeeld door Voorduin het Ontwerp 1816 vol lof besproken, zie Voorduin IJ, p. 44-71.

18 Zo heeft de commissie voor het vervaardigen van het WNH zich onder andere bediend van het Ontwerp Van der Linden, zie Lokin & Zwolve 2014, p. 368 en is Kemper beïnvloed door het ontwerp van de Commissie van Twaalf en het WNH. Zie De Bosch Kemper 1864, p. VI.

19 Volgens Scholten zijn de verschillen met het Franse recht haast altijd te herleiden tot het Ontwerp 1820. Zie Asser-Scholten (Algemeen deel) 1974, p. 176.

De wettekst van de ontwerpen geeft doorgaans enig inzicht in de wijze waarop meerdere hypotheekhouders zich tot elkaar verhouden. Uit de tekst met – doorgaans vrij summiere – toelichting volgt echter niet uitdrukkelijk de relatie van iemand met een zakelijk genotsrecht versus een andere zakelijk gerechtigde. Op deze kwestie kan alleen in de literatuur en in de rechtspraak een antwoord worden gevonden. Deze kenbronnen – zoveel moge duidelijk zijn – ontwikkelen zich alleen onder geldend recht, waardoor alleen ten aanzien van het recht onder het BW van 1838 de vraag naar conflicten tussen genotsrechten uitvoerig aan de orde kan komen.

4.2 HET NEDERLANDSE RECHT TOT 1838

4.2.1 Ontwerp Commissie van Twaalf

De op 28 september 1798 benoemde wetgevingscommissie bestond uit twaalf vertegenwoordigers uit verschillende provinciën en verdeelde zich in subcommissies voor het codificeren van het strafrecht, het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht.²⁰ Van de zeven leden aan wie de codificatie van het burgerlijk wetboek was opgedragen, werd aan Karel K. Reitz (1748-1810) en Petrus Wierdsma (1729-1811) het zakenrecht toevertrouwd.²¹ Wierdsma zou de regeling ter zake van de beperkte genotsrechten ontwerpen, Reitz nam onder meer het vervaardigen van de titel over de zakelijke zekerheidsrechten op zich. Terwijl Wierdsma reeds in 1800 zijn ontwerp²² gereed had, bleek Reitz wegens ziekte niet in staat zijn taak uit te voeren.²³ In de persoon van Hendrik Arnold Kreet (1740-1804) werd een opvolger gevonden voor het ontwerpen van de bepalingen over de zakelijke zekerheidsrechten, wiens ontwerp²⁴ eind 1801 gereed was.²⁵

De aanpak van de commissie bestond uit het bewerken van de Inleiding van Hugo de Groot.²⁶ Wierdsma heeft in zijn ontwerp dat door de overige leden van commentaar is voorzien, de beperkte gebruiksrechten van De Groot overgenomen, met uitzondering van de rechten die bij de staats-

20 Zie Lokin & Zwalve 2014, p. 363 en zie tevens voor de precieze afkomst van de leden Land 1899, p. 96 en 97.

21 De overige leden van de civielrechtelijke subcommissie zijn Bondt, Cras, Farjon, Gockinga en Walraven. Zie Van Gessel-de Roo 1991, p. XIII.

22 Met aantekeningen van Cras, Bondt, Farjon, Gockinga en Walraven opgenomen in Van Gessel-de Roo 1991, p. 51-107.

23 Zie Van Gessel-de Roo 1991, p. XIV.

24 Opgenomen in Van Gessel-de Roo 1991, p. 108-143.

25 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat van de overige titels die voor rekening kwamen van Reitz – te weten onderscheidingen van zaken, het bezit, eigendom en de wijzen van eigendomsverkrijging – Cras de twee eerstgenoemde overnam. De titels over eigendom en de wijzen van eigendomsverkrijging ontbreken in het werk van de Commissie van Twaalf.

26 Zie rede van Cras uit 1799, opgenomen in Aa/De Smidt en Huussen 1968, p. 5.

regeling van 1798 waren afgeschaft.²⁷ De titels van de hand van Wierdsma, genummerd als capittel 32 tot en met 47 van het tweede boek, kwamen overeen met die van de Inleiding van De Groot. Na de titel over 'gebreklijken eigendom in 't algemeen' (33e cap.) en een beschrijving van de meest voorkomende huis- en velddienstbaarheden (34e resp. 35e cap.), kwam in de daarop volgende titel over de totstandkoming van erfdiensbaarheden de vraag aan de orde wie bevoegd is om een erfdiensbaarheid te vestigen. Wierdsma heeft in het ontwerp alleen degene die de volle eigendom heeft – en dus niet de bloot eigenaar en de vruchtgebruiker – de bevoegdheid toegekend om zijn zaak te bezwaren met een erfdiensbaarheid.²⁸ De vruchtgebruiker en de bloot eigenaar konden alleen tezamen een erfdiensbaarheid vestigen, de vruchtgebruiker afzonderlijk kon zulks slechts voor de duur van het vruchtgebruik.²⁹ De eigenaar van een zaak waarvan het genot of gebruik bij een beperkt gerechtigde rust, kon naar dit ontwerp zijn zaak dus niet nogmaals ten behoeve van een ander bezwaren met een beperkt genotsrecht.³⁰ Het ontwerp bepaalde immers dat alleen 'zulk een [eigenaar] die niet alleen het toebehooren, maar ook het gebruik heeft, en alle de voordelen van dat goed alleen geniet' een erfdiensbaarheid kan vestigen.³¹ Het recht van de vruchtgebruiker, erfpachter of opstaller kon derhalve niet in conflict komen met een later gevestigd recht van erfdiensbaarheid.³² Men zou zelfs kunnen afleiden uit de zo-even genoemde definitie van een bevoegde tot het vestigen van een erfdiensbaarheid – men lette op het zinsdeel 'voordelen van dat goed *alleen* geniet' – dat ook de vestiging van een tweede gelijklopend recht van erfdiensbaarheid per definitie onmogelijk was. Het komt mij voor dat gelet op het unaniem naar voren gebrachte argument voor het feit dat ook de vruchtgebruiker een erfdiensbaarheid moet kunnen vestigen, zij het voor de duur van zijn recht – te weten dat zulks voor niemands rechten bezwaarlijk is – de commissie niet zo ver heeft willen gaan.³³ Er zijn vele

27 Art. 25 van de Staatsregeling verklaart onder andere het tiend-, cijns- en leenrecht vervallen.

28 Zie Ontw. Wierdsma Boek II, cap. 36, art. 3 en 4, opgenomen in Van Gessel-de Roo 1991, p. 72.

29 Dit volgt uit Ontw. Wierdsma II.36.5-7, Van Gessel-de Roo 1991, p. 73. Het lijkt erop dat Wierdsma die over het toekennen van deze bevoegdheden blijkens zijn aantekeningen bij dit capittel nog twijfelde, de commentaren van de leden Bondt, Farjon, Gockinga en Walraven heeft verwerkt. Zie Van Gessel-de Roo 1991, p. 69 en 70. De vraag of en zo ja, in welke mate de commentaren in het overgeleverde ontwerp door Wierdsma zijn verwerkt, is evenwel niet met zekerheid te beantwoorden, zie Van Gessel-de Roo 1991, p. XIII.

30 Het Romeinse recht maakte hierop een uitzondering voor die erfdiensbaarheden waardoor de positie van de vruchtgebruiker niet slechter wordt. Zie D. 7,1,16 (Paulus).

31 Ontw. Wierdsma II.36.4, Van Gessel-de Roo 1991, p. 72.

32 Voor de goede orde zij opgemerkt dat geen sprake is van een collisie van rechten indien de vruchtgebruiker een beperkt recht vestigt (voor de duur van het vruchtgebruik) ten behoeve van een derde omdat het daarbij niet gaat om rechten van eenzelfde orde. Vgl. hierboven voetnoot 102 op p. 24. Ook het geval waarin de vruchtgebruiker zijn medewerking aan de bloot eigenaar verleent, blijft hier buiten beschouwing.

33 Zie Van Gessel-de Roo 1991, p. 69 en 70.

gevallen denkbaar waarin meerdere erfdienstbaarheden zonder bezwaar naast elkaar kunnen bestaan. Zo kan men door beide burens belet worden om het uitzicht over zijn erf te verhinderen alsook aan beide burens een recht van overpad worden toegekend. Op de vraag hoe beide burens zich tot elkaar verhouden indien de uitoefening van hun rechten toch tot een conflict leidt, is in de bronnen geen antwoord te vinden.

Het feit dat de bloot eigenaar geen erfdienstbaarheid kon vestigen doet vermoeden dat, hoewel het ontwerp deze kwestie niet heeft belicht,³⁴ de bloot eigenaar dan evenmin andere beperkte gebruiksrechten kon vestigen, zoals vruchtgebruiken of erfpachtsrechten. Deze gebruiksrechten hebben immers een verstrekkendere invloed op het gebruiksrecht van de eigenaar. Bovendien heeft een tweede volledig gebruiksrecht per definitie een frusturerende werking op de uitoefening van het recht van de eerste beperkt gerechtigde.³⁵ Ervan uitgaande dat een tweede recht niet rechtsgeldig tot stand kwam, kon het niet tot conflicten leiden tussen twee beperkte gebruiksrechten.

Het ontwerp van Kreet dat systematisch aansloot bij het 'Plan van algemeene verdeling'³⁶ – en dus niet langer bij de Inleiding – lag niettemin zeer dicht aan tegen het zekerhedenrecht van De Groot. Zo kende het ontwerp conventionele en legale pandrechten die generaal alsook bijzonder konden zijn en zowel op roerende als op onroerende goederen konden rusten.³⁷ De Rooms-Hollandse vestigingsvereisten van een pandrecht op onroerend goed – te weten vestiging en registratie bij een gerecht³⁸ – werden ten aanzien van generale hypotheeken enigszins aangescherpt in die zin dat het zekerheidsrecht op iedere plaats waar een onroerende zaak is gelegen in het 'prothocol der hypotheccatien' (verpandboek) moest worden aangekend.³⁹ Eerst na die inschrijving werkte de hypotheek tegen derden. Ook ten aanzien van legale hypotheeken werd 'ter beetere voorkoming van alle

34 In cap. II.38/39 over tocht (vruchtgebruik) is ten aanzien van de bevoegdheden van de bloot eigenaar slechts opgenomen dat deze de vruchtgebruiker niet mag hinderen, zie Ontw. Wierdsma II.38/39.68, Van Gessel-de Roo 1991, p. 94. In cap. II.40 inzake erfpacht is geen enkele aanwijzing te vinden.

35 Overigens konden de beperkte gebruiksrechten wel gereguleerd worden zodat meerdere rechten niettemin probleemloos naast elkaar konden worden uitgeoefend, bijvoorbeeld op verschillende tijden of op verschillende delen van het perceel. In dat geval staat niets aan de vestiging van een tweede gebruiksrecht in de weg.

36 Deze indeling van het wetboek werd op 24 april 1801 door de commissie ingediend bij het Uitvoerend Bewind. De indeling is opgenomen in Aa/De Smidt en Huussen 1968, p. 81-88.

37 In het zesde boek volgens het Plan van algemeene verdeling, getiteld 'Verbindtenissen die des inschuldners recht vermeederen en versterken' zijn in het tweede deel, hoofdstukken drie tot en met zeven de zekerheidsrechten te vinden, waarbinnen 'pand' als algemene term heeft te gelden.

38 Zie hierboven p. 35.

39 Ontw. Kreet Deel II, Boek 6, hfdst. 4, art. 2 met bijbehorende nota, opgenomen in Van Gessel-de Roo 1991, p. 120. De vestiging kon ook geschieden voor een notaris en twee getuigen met daarop volgende registratie bij ieder perceel.

misleidinge' derdenwerking afhankelijk gesteld van de registratie van het zekerheidsrecht.⁴⁰ Een hypothecaire schuldeiser kon aldus de verpandboeken erop naslaan om zich ervan te vergewissen dat er geen oudere legale hypotheekhouders waren die hij tegen zich moest laten gelden.

Ondanks het feit dat Kreet de openbaarheid van de verschillende hypotheeken consequent doorvoerde, waardoor generale hypotheeken aan dezelfde formaliteiten als speciale waren onderworpen, is die gelijke behandeling niet terug te vinden in de rangorde. Hoofdstuk VII van het ontwerp dat de titel 'Van den rang der pandhouders en andere bevoorrechte schuldeisers' draagt, stelde – na enkele schuldeisers een geprivilegieerde positie te hebben toegekend⁴¹ – een generale hypotheek in beginsel achter bij een speciale hypotheek.⁴² Er werd een uitzondering gemaakt voor een wettelijke generale hypotheek.⁴³ Evenals speciale hypotheeken in onderling verband nam deze hypotheek namelijk rang in naar anciënniteit, waarbij ten aanzien van wettelijke hypotheeken werd aangesloten bij het ontstaansmoment, ten aanzien van conventionele hypotheeken bij het moment van registratie.⁴⁴ Voor de toepassing van de prioriteitsregel in het kader van twee conventionele zekerheidsrechten was dus niet het moment waarop het zekerheidsrecht was bedongen relevant, als wel de dag waarop het recht in het verpandboek was geschreven. Kreet heeft tevens de situatie voorzien waarin twee hypotheeken op dezelfde dag waren ingeschreven. In dat geval werd aan beide zekerheidsrechten dezelfde rang toegekend. Deze oplossing kwam Kreet 'billijker en gelijker' voor dan een voorrangsregeling naar het uur waarop beide pandbrieven gepasseerd waren, waarvan 'het bewijs dikwijls zeer moeilijk zoude zijn'.⁴⁵

De ontwerpen van Wierdsma en Kreet zijn in de ontwerpfase blijven steken. Het Hoog Nationaal Gerechtshof dat in oktober 1806 advies had uitgebracht,⁴⁶ bekritiseerde het onsamenhangende ontwerp mede vanwege zijn wijsgerige beschouwingen en kon zich niet verenigen met de wijze

40 Ontw. Kreet II.6.3.14 met nota, Van Gessel-de Roo 1991, p. 113.

41 Zie Ontw. Kreet II.6.7.3-4 voor de regeling ten aanzien van de in hfdst. II.6.6 van het ontwerp besproken bevoorrechte schuldeisers, Van Gessel-de Roo 1991, p. 133-135.

42 Zie Ontw. Kreet II.6.7.4, Van Gessel-de Roo 1991, p. 135, waar is bepaald dat bevoorrechte schuldeisers zich eerst mogen voldoen ten koste van crediteuren met een stil pandrecht op roerende goederen, vervolgens ten koste van degenen met een generaal zekerheidsrecht op onroerend goed en daarna pas van degenen met een speciale hypotheek op onroerend goed. Zie tevens II.6.7.5h en 5l, Van Gessel-de Roo 1991, p. 137 en 138, waaruit blijkt dat ook nadat bevoorrechte schuldeisers zijn voldaan, generale eerst na speciale hypotheekhouders komen.

43 Zie Ontw. Kreet II.6.7.5i, Van Gessel-de Roo 1991, p. 137 en 138.

44 Zie Ontw. Kreet II.6.7.5h en 5i, Van Gessel-de Roo 1991, p. 137 en 138.

45 Zie nota onder Ontw. Kreet II.6.7.5h, Van Gessel-de Roo 1991, p. 137.

46 De Staatsregeling van 1801 die de regeling van 1798 had vervangen, bevatte overeenkomstig zijn voorganger een bepaling die het vervaardigen van een eenheidscodificatie voorschreef, onder de toevoeging dat de ontwerpen eerst aan het Hoog Nationaal Gerechtshof in consideratie dienden te worden gegeven. Zie art. 84 van de Staatsregeling van 1801 in Van Hasselt 1987, p. 121.

waarop de commissie het ontwerp had ingericht.⁴⁷ Daarnaast toonde de commissie die na 3 oktober 1804 niet meer bijeen was geweest zich niet bereidwillig om de werkzaamheden voort te zetten.⁴⁸ De inmiddels tot koning van Nederland benoemde Lodewijk Napoleon schoof het werk van de Commissie van Twaalf dan ook terzijde en gaf de codificatieopdracht aan Van der Linden.

4.2.2 Ontwerp Van der Linden

Joannes van der Linden (1756-1835), bij zijn tijdgenoten bekend als Amsterdamse advocaat en auteur van enkele praktijkhandboeken,⁴⁹ zette zich af tegen de wijze waarop de Commissie van Twaalf te werk was gegaan. Hij meende met het Hoog Nationaal Gerechtshof dat een wetboek niet het karakter van een leerstellig handboek moet dragen, maar uit voor de rechtspraktijk handzame bepalingen moet bestaan.⁵⁰ Met ongelofelijke spoed wist Van der Linden zijn opdracht te voltooien. Hij leverde binnen een jaar⁵¹ een volledig ontwerp af voor een burgerlijk wetboek dat beduidend korter en duidelijker was geredigeerd dan het ontwerp van de voorgaande wetgevingscommissie.

Van der Linden heeft in belangrijke mate – inhoudelijk evenwel op uiteenlopende wijze – gebruik gemaakt van de ontwerpen van de Commissie van Twaalf.⁵² Daarnaast heeft de in 1804 gepubliceerde Code civil invloed uitgeoefend op het ontwerp, met name vanwege het feit dat Van der Linden veel heeft ontleend aan de door hemzelf vertaalde geschriften van Robert-Joseph Pothier, wiens ‘*Traité des Obligations*’ voor een groot deel letterlijk is overgenomen in de Code civil.⁵³

47 Zie voor alle consideratiën die het burgerlijkrechtelijke deel van ontwerp aangaan Aa/De Smidt en Huussen 1968, p. 549-559.

48 Zie Cerutti 1965, p. 45-48 en Lokin & Zwalve 2014, p. 366.

49 Als bekendste werken kunnen worden genoemd ‘Verhandeling over de Judicieele Practijcq’ in twee delen, in 1794 en 1798, gedrukt en ‘Regtsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek’ uit 1806. De invloed van beide werken strekte zich ook uit over de Nederlandse koloniën. Het Koopmans handboek verkreeg in Zuid-Afrika in 1859 zelfs kracht van wet. Zie Van Hall 1853, p. 19 en 20 en Cohen Jehoram, AA 1970, p. 403.

50 Zie de memorie van Van der Linden, opgenomen in De Smidt 1967, p. 15 e.v. Cras voelde zich als academicus verheven boven de praktijkjurist. Uit zijn aantekeningen bij het uiteindelijke ontwerp blijkt de nodige minachting: ‘De man spreekt nogal op hoge toon, terwijl het mij voorkomt dat hij niet veel wetenschap bezit, en daarom zich tegen het wetenschappelijke verklaart.’ Zie geciteerd in De Smidt 1966, p. 13.

51 Zie Cerutti 1965, p. 50. Het moment waarop Van der Linden de opdracht heeft gekregen is niet duidelijk. Van Hall heeft het zelfs over een termijn van nog geen negen maanden waarin de taak zou zijn volbracht, zie Van Hall 1853, p. 40.

52 Zie Cerutti 1965, p. 52 en 53 en Lokin & Zwalve 2014, p. 368.

53 Zie Cerutti 1965, p. 56-58 en Lokin & Zwalve 2014, p. 368. Zie J. van der Linden, *Verhandeling van contracten en andere verbintenissen*, Leiden: Honkoop 1804 en 1806.

De titel over het recht van erfdiensbaaheid, opgenomen in de zesde titel, eerste afdeling van het tweede boek, benadert dicht het ontwerp van de voorgaande commissie.⁵⁴ De artikelen 36 en 37 bepalen uitdrukkelijk dat niet de bloot eigenaar, maar alleen de eigenaar die 'den volkomen en onbezwaarden eigendom' heeft, bevoegd is om een recht van erfdiensbaaheid te vestigen.⁵⁵ Aangezien aldus geen conflictsituaties tussen meerdere beperkt gerechtigden konden ontstaan, verdient het ontwerp van de erfdiensbaaheiden geen verdere behandeling. Ook ten aanzien van de overige gebruiksrechten zweeg het ontwerp over de mogelijkheid van een meervoudige vestiging, waardoor mede gelet op het ontbreken van enige toelichting van de ontwerper, geen aanwijzingen zijn te vinden voor de toepassing van de prioriteitsregel.

Het ontwerp van het zekerhedenrecht bouwde evenals het ontwerp Kreet in belangrijke mate voort op het Rooms-Hollandse recht. Zo werden de algemene⁵⁶ en de legale⁵⁷ zekerheidsrechten behouden en werden geheel volgens de Rooms-Hollandse traditie speciale hypotheek in beginsel begunstigd boven generale hypotheek.⁵⁸ Dit hangt samen met het feit dat voor de vestiging van een generale hypotheek registratie slechts voor het gerecht van de woonplaats van de schuldenaar was vereist.⁵⁹ Daardoor was het zekerheidsrecht ten aanzien van een goed dat buiten de woonplaats van de debiteur was gelegen, niet kenbaar voor een jongere speciale hypotheekhouder. De generale hypotheekhouder kon zijn achterstelling bij speciale hypotheekhouders echter voorkomen door de hypotheek op de plaats van de ligging van het goed te registreren. Het ontwerp bepaalde namelijk dat een oudere generale hypotheek werd geprefereerd boven een latere speciale hypotheek indien deze latere schuldeiser de generale hypotheek kende of vanwege de registratie bij het gerecht van de plaats waar het goed is gelegen, had kunnen kennen.⁶⁰ Met deze registratie die in het bijzonder van belang is als een of meer goederen in een andere plaats zijn gelegen dan waar de hypotheekgever woont, was de werking van een generaal zekerheidsrecht gelijkgesteld aan een bijzondere hypotheek.

54 Zo ook Cerutti 1965, p. 53.

55 Zie De Smidt 1967, p. 139.

56 Ontw. V.d. Linden Boek II, tit. 7, afd. 1, art. 7, opgenomen in De Smidt 1967, p. 150.

57 Ontw. V.d. Linden II.7.2.1, De Smidt 1967, p. 154.

58 Ontw. V.d. Linden II.7.3.4, De Smidt 1967, p. 157. Er is wederom een uitzondering voor een oudere legale generale hypotheek. Deze gaat voor een conventionele speciale hypotheek. Zie Ontw. V.d. Linden II.7.3.8, De Smidt 1967, p. 158. Vgl. Ontw. Kreet II.6.7.5i, Van Gessel-de Roo 1991, p. 137 en 138. Zie bovendien de voorrangspositie voor de hypotheek voor onbetaalde kooppenningen Ontw. V.d. Linden II.7.3.9, De Smidt 1967, p. 158.

59 Ontw. V.d. Linden II.7.1.10, De Smidt 1967, p. 150 en 151.

60 Ontw. V.d. Linden II.7.3.10, De Smidt 1967, p. 158.

In de rangorde werden de conventionele hypotheekhouders nog steeds voorafgegaan door enkele geprivilegieerde schuldeisers die hun zekerheidsrecht ontleenden aan de wet.⁶¹ De prioriteitsregel doet van zich spreken bij meerdere speciale hypotheeken op hetzelfde goed.⁶² Zoals opgemerkt geldt dat een generale hypotheekhouder, mits zijn recht door de overige speciale hypotheekhouders is gekend of kenbaar is, tevens rang inneemt naar het moment waarop de hypotheek wordt gevestigd. Voor de chronologie is van belang het tijdstip, zo nodig op de minuut nauwkeurig, waarop de hypotheek voor het gerecht is gevestigd.⁶³ Hier wijkt het ontwerp af van het ontwerp Kreet dat gelet op de bewijsproblematiek aansluiting zocht bij het moment van registratie en slechts onderscheid maakte naar dagen.⁶⁴ Van der Linden lijkt deze problematiek te hebben onderkend en hield in geval van twijfel over het exacte vestigingsmoment dan ook de eerst geregistreerde voor ouder.⁶⁵

Onder meerdere generale hypotheeken gaat het oudere eveneens voor het jongere recht.⁶⁶ Als uitzondering op deze toepassing van de prioriteitsregel heeft te gelden het generale legale zekerheidsrecht van de staat, de getrouwde vrouw en de minderjarige.⁶⁷ Deze rechten worden door het ontwerp ongeacht hun ontstaansmoment gerangschikt boven conventionele generale en overige legale generale hypotheeken.⁶⁸ De laatste plaats in de rangorde wordt ingenomen door concurrente schuldeisers.⁶⁹

Al voordat Van der Linden in januari 1808 het laatste deel had ingeleverd, was het ontwerp door politieke gebeurtenissen achterhaald. Keizer Napoleon had namelijk de invoering van de Franse Code Napoleon in Nederland verordonneerd. Hoewel Lodewijk niet toegaf aan de onverkorte invoering van de Code, kon hij niet anders dan het Ontwerp Van der Linden aan de kant schuiven en nauwere aansluiting zoeken bij het Franse recht.⁷⁰ In november 1807 had de koning een commissie ingesteld die tot taak kreeg het Wetboek Napoleon aan te passen aan de Nederlandse omstandigheden.

61 Ontw. V.d. Linden II.7.3.2, De Smidt 1967, p. 157, waar wordt verwezen naar enkele in de voorgaande afdeling genoemde legale zekerheidsrechten. Vergelijk de rangorderegeling van Van der Linden in het Regtsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek 1806, p. 108-110.

62 Ontw. V.d. Linden II.7.3.5, De Smidt 1967, p. 158.

63 'Voor ouder verband wordt gehouden, het welk slechts één dag, één uur, of zelfs nog korteren tijd, voor het andere verleden was'. Zie Ontw. V.d. Linden II.7.3.5, De Smidt 1967, p. 158.

64 Zie Ontw. Kreet II.6.7.5h met nota, Van Gessel-de Roo 1991, p. 137.

65 Ontw. V.d. Linden II.7.3.5, laatste volzin, De Smidt 1967, p. 158.

66 Ontw. V.d. Linden II.7.3.11, De Smidt 1967, p. 158.

67 Deze worden genoemd in Ontw. V.d. Linden II.7.2.2, 4 en 5, De Smidt 1967, p. 154.

68 Ontw. V.d. Linden II.7.3.7, De Smidt 1967, p. 158.

69 Ontw. V.d. Linden II.7.3.13, De Smidt 1967, p. 158.

70 Zie Cerutti 1965, p. 58 en 59 en Lokin & Zwolve 2014, p. 367 en 368.

4.2.3 Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland

De commissie ter vervaardiging van een aangepaste Code civil bestond uit drie leden die niet eerder bij wetgevingsontwerpen betrokken waren geweest, te weten A. van Gennep, B.P. van Wesele Scholte en J.J. Loke.⁷¹ Het plan van aanpak dat op advies van de Staatsraad door de Koning was goedgekeurd,⁷² bestond eruit om de Code Napoleon tot grondslag van het Burgerlijk Wetboek te nemen, zij het dat er modificaties zouden worden aangenomen, waarvoor de commissie zich met name beoogde te bedienen van het Ontwerp Van der Linden met de aantekeningen daarop van het Hoog Nationaal Gerechtshof.⁷³ Hoewel de commissie de indeling in drie boeken volgde van de Code civil, was inhoudelijk gezien van een Franse overname allerminst sprake.⁷⁴ Vele onderwerpen zijn naar inhoud en redactie geregeld op basis van het Ontwerp Van der Linden.⁷⁵ Het zekerhedenrecht en in het bijzonder de rangorderegels kwamen vrijwel woordelijk overeen met Van der Lindens ontwerp.⁷⁶ Voor het antwoord op de vraag naar de toepassing van de prioriteitsregel in het kader van colliderende zekerheidsrechten kan daarom worden volstaan met een verwijzing naar hetgeen is opgemerkt in de vorige paragraaf.

De bepalingen inzake het recht van erfdienstbaarheid alsmede de in de Code ontbrekende titels over de rechten van erfpacht en opstal,⁷⁷ zijn eveneens ontleend aan Van der Lindens ontwerp.⁷⁸ Deze onderdelen behoeven dan ook geen nieuwe bespreking.

De regeling van het recht van vruchtgebruik gaat wel terug op de Code, maar is niettemin voorzien van enkele Rooms-Hollandse aanpassingen.⁷⁹ De zoektocht naar de toepassing van de prioriteitsregel loopt echter al gauw spaak omdat een toelichtende memorie ontbreekt en uit de wettekst niet valt af te leiden of de bloot eigenaar de bevoegdheid had om een zakelijk recht te vestigen dat met een reeds bestaand vruchtgebruik conflicteert.⁸⁰ De prakti-

71 Zie over deze leden Brandsma 2006, p. 227 met verwijzingen.

72 Het advies van de eerste Sectie van de Staatsraad is opgenomen in Huussen 1975, p. 314-316.

73 De op 26 januari 1808 aangeboden 'Gronden waarop de Commissie tot het ontwerpen van een Civiel Wetboek haeren arbeid vermeent te kunnen aanvangen' zijn opgenomen in Huussen 1975, p. 313 en 314. Zie met name de gronden 5-7.

74 Vgl. Cerutti 1965, p. 68 en 69 en Brandsma 2007, p. 246.

75 Zie voor een vergelijking van het WNH met het Ontwerp Van der Linden Brandsma 2007, p. 237-245 en Cerutti 1965, p. 61-68.

76 De rangorderegels van Ontw. V.d. Linden II.7.3 zijn terug te vinden in art. 1838 – 1847 WNH. Zie ook Cerutti 1965, p. 63 en Brandsma 2007, p. 245.

77 Ook de Rooms-Hollandse tiend- en cijsrechten zijn op grondslag van het Ontwerp Van der Linden toegevoegd aan het WNH.

78 Zie Brandsma 2007, p. 242 en 243 en Cerutti 1965, p. 63.

79 Cerutti bestempelt de regeling van het vruchtgebruik als een gemengd onderdeel. Zie Cerutti 1965, p. 63.

80 Gelet op art. 487 WNH – dat bepaalt dat de bloot eigenaar gehouden is de vruchtgebruiker het vruchtgebruik te laten genieten zonder hem daarin te belemmeren – neig ik ernaar deze vraag in navolging van het Romeinse recht ontkennend te beantwoorden.

sche toepassing van de bepalingen kan evenmin worden achterhaald omdat de verplichting om rechterlijke uitspraken te motiveren niet bestond in de periode waarin het WNH rechtskracht had.⁸¹

Het WNH was geen lang leven beschoren. Na de inlijving bij Frankrijk in 1810 werd de Code civil per 1 maart 1811 voor het voormalig Koninkrijk Holland executoir verklaard.⁸² Hiermee brak een periode aan die niet tot de Nederlandse codificatiegeschiedenis behoort.⁸³ Hoewel de onafhankelijkheid in 1813 werd hersteld, zou de Code civil zijn rechtskracht behouden tot de invoering van het eerste Nederlandse Burgerlijk Wetboek.⁸⁴

4.2.4 Ontwerp 1816

Op 18 april 1814 benoemde Koning Willem I een commissie onder voorzitterschap van Joan Melchior Kemper (1776-1824) om een wetboek te ontwerpen dat van Nederlandse oorsprong diende te zijn.⁸⁵ Aanvankelijk stond de commissie een bewerking van het WNH voor, doch Kemper die de minderheidsopvatting aanhing dat een oorspronkelijk Nederlands wetboek moest worden ontworpen, wist uiteindelijk de Koning aan zijn kant te krijgen. Aan dit nationale burgerlijk wetboek werd in december 1815 door een door Kemper geleide subcommissie de laatste hand gelegd. Vervolgens kon het 4264 artikelen tellende werk – het zogeheten Ontwerp 1816⁸⁶ – nadat het aan de beraadslaging van de volledige commissie was onderworpen,⁸⁷ op 5 maart 1816 bij de Koning worden ingediend.⁸⁸

81 De Franse ‘loi sur l’organisation de l’ordre judiciaire et l’administration de la justice’ van 20 april 1810 – waarin de motiveringsplicht in art. 7 haar intrede deed – werd na de inlijving executoir verklaard en kreeg pas gelding in 1811.

82 In de gebieden ten zuiden van de Waal gold de Code civil overigens reeds met ingang van 1 januari 1811.

83 De periode vanaf 1811 waarin de Franse wetgeving van kracht was, behoort uiteraard wel tot de Nederlandse wetsgeschiedenis. Volstaan kan worden met een verwijzing naar hoofdstuk 6.

84 Zie proclamatie van 21 november 1813, *Stb.* nr. 1. Uiteindelijk kwam pas op 1 oktober 1838 met de inwerkingtreding van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek een einde aan de rechtskracht van de Code civil.

85 Zie Voorduin IJ, p. 15-37 en De Bosch Kemper 1864, p. V.

86 Het ontwerp is wel gedrukt – de door mij geraadpleegde druk is te vinden in de bibliotheek van de Universiteit Leiden – maar nimmer in zijn geheel gepubliceerd. Het zakenrechtelijk deel is opgenomen in Van Gessel-de Roo 1991, p. 161-371. Zie voorts een samenvatting in Voorduin IJ, p. 44-65.

87 De Koning had lering getrokken uit de nadelige gevolgen – zoals leemtes en onsamenhangendheden – van de benoeming van verscheidene commissies ten aanzien van de Franse wetgeving en had daarom bewust één enkele commissie het ontwerp van het gehele wetboek opgedragen. Zie Voorduin IJ, p. 13 en 14. Het werk van de subcommissie moest dan ook in de gehele commissie worden overwogen. Zie Voorduin IJ, p. 38.

88 Zie Voorduin IJ, p. 40, De Bosch Kemper 1864, p. VI en Cleveringa 1938, p. 280.

Kempers ontwerp grijpt inhoudelijk in belangrijke mate terug op het werk van de Commissie van Twaalf.⁸⁹ Voor de regeling van de zekerheidsrechten betekende dit – op een uitzondering na met betrekking tot de hierna te bespreken wijze van registratie – een aansluiting bij het Rooms-Hollandse stelsel.⁹⁰ De verschillende soorten hypotheeken bleven gehandhaafd, maar ten aanzien van de registratie daarvan voerde Kemper een vereenvoudiging door.⁹¹ Een conventionele hypotheek op onroerend goed moest worden gevestigd voor het gemeentebestuur van de plaats waar het goed was gelegen.⁹² Over registratie is niets uitdrukkelijk bepaald omdat de ambtenaar voor wie de vestiging plaatsvond, tevens was belast met de registratie. Voor de vestiging van een generale hypotheek was alleen de registratie ter woonplaats van de debiteur voorgeschreven, waarmee de vereiste inschrijving op de plaats waar de goederen zijn gelegen was komen te vervallen.⁹³ In de rangorderegeling die was opgenomen in de zestiende titel van het vierde boek en inhoudelijk geheel overeenstemt met het Ontwerp Kreet,⁹⁴ werd een generale hypotheek dan ook wederom achtergesteld bij een speciaal zekerheidsrecht.⁹⁵ Enkele legale hypotheeken die naar dit ontwerp overigens niet aan het vereiste van registratie zijn onderworpen,⁹⁶ namen opnieuw een geprivilegieerde positie in.⁹⁷ De prioriteitsregel beheerste alleen de verhouding tussen speciale hypotheeken alsmede generale hypotheeken onderling.⁹⁸

89 Zulks moge gelet op de heersende anti-Franse gezindheid alsmede het feit dat Cras de leermeester was van Kemper, weinig verbazing wekken. Overigens keerde Kemper ook terug – na het beknopte ontwerp Van der Linden en idem WNH – naar een uitvoerigere stijl zoals die van de Commissie van Twaalf.

90 Zie Herman, diss. 1914, p. 125-128. Het ontwerp wordt het sluitstuk van de bloeiperiode van het Rooms-Hollandse recht genoemd omdat voor het laatst het recht dat het privaatrecht in West-Europa in de zeventiende en achttiende eeuw domineerde, in een boek is vastgelegd. Zie Asser-Scholten (Algemeen deel) 1974, p. 175 en Lokin & Zwalve 2014, p. 372.

91 Over de registratie van hypotheeken had een op 15 juli 1814 benoemde zogeheten ‘personele commissie’ zich reeds gebogen. Het door haar op 15 juli 1815 uitgebrachte rapport werd door een met die van Kemper gecombineerde commissie in verband gebracht met het Ontwerp 1816. Zie voor het rapport van de personele commissie De Bordes e.a. 1815.

92 Zie Ontwerp 1816, art. 1713, Van Gessel-de Roo 1991, p. 356. De gerechtelijke registers waren immers door Napoleon vervangen door de Franse hypothecaire boekhouding. Zie daarover Herman, diss. 1914, p. 126-127.

93 In de aantekening bij de wettekst komt nog wel de suggestie aan de orde van inschrijving – overeenkomstig het Ontwerp Kreet – op alle plaatsen waar de goederen zijn gelegen, maar deze wordt verworpen omdat ‘het ongemak te groot is’. Zie Van Gessel-de Roo 1991, p. 356.

94 In art. 4200-4224 wordt de rang der crediteuren behandeld. Het pandrecht is te vinden in de dertiende titel van boek 2.

95 Zie Ontwerp 1816, art. 4211 en 4212.

96 Opmerkelijk genoeg wordt hier met het argument ‘de weerzin van het publiek en de potentiële aanslag op de kredietwaardigheid’ tegen de registratie van legale hypotheeken gepleit. Zie De Bordes e.a. 1815, p. 1450. Vgl. Ontw. Kreet II.6.3.14 met nota, Van Gessel-de Roo 1991, p. 113.

97 Ontwerp 1816, art. 4207-4209.

98 Zie Ontwerp 1816, art. 4213 resp. art. 4221.

De regeling van de beperkte genotsrechten stemde eveneens inhoudelijk in grote mate overeen met het Ontwerp Wierdsma en daarmee met het Rooms-Hollandse recht. Het Ontwerp 1816 is evenwel uitvoeriger en er kan ten aanzien van conflicten met betrekking tot het recht van erfdiensbaaerheid meer aan worden ontleend. Dat de eigenaar van een dienend erf meerdere rechten van erfdiensbaaerheid ten behoeve van verschillende burens kon vestigen, was weliswaar af te leiden uit de aantekeningen van de Commissie van Twaalf, maar bleek niet uitdrukkelijk uit het Ontwerp Wierdsma.⁹⁹ Kemper concretiseerde deze bevoegdheid om meerdere erfdiensbaaerheden te vestigen onder de toevoeging: ‘mits niet tot nadeel of ongerief van den genen die ouder regt heeft’.¹⁰⁰ De bevoegdheid wordt dus beperkt tot het vestigen van erfdiensbaaerheden die de reeds bestaande rechten niet schaden. Het ontwerp maakt niet duidelijk of de sanctie van het niettemin verlenen van een dergelijke erfdiensbaaerheid is gelegen in het goederenrecht – op grond waarvan dit recht niet tot stand zal komen – of in het verbintenisrecht – op grond waarvan de oudere gerechtigden de eigenaar van het dienende erf kunnen aanspreken wegens wanprestatie.¹⁰¹ Ervan uitgaande dat – gelet op de formulering van de bepaling alsmede de bevindingen naar Romeins recht¹⁰² – een erfdiensbaaerheid die de oudere rechten frustreert, niet tot stand komt, kan van het gebruik van de prioriteitsregel geen sprake zijn omdat conflicten aldus worden voorkomen.

In de regeling van het vruchtgebruik is wederom geen aanwijzing voor de toepassing van de prioriteitsregel te vinden. Een bepaling over de bevoegdheid van een eigenaar na de vestiging van een beperkt genotsrecht waardoor hem het gebruik van de zaak is ontnomen – zoals ten aanzien van een pandgever wél uitdrukkelijk is opgenomen¹⁰³ – ontbreekt ook in dit ontwerp, zodat bij hetgeen is opgemerkt ten aanzien van het Ontwerp Wierdsma kan worden aangesloten.¹⁰⁴

Ten tijde van Kempers codificatiewerkzaamheden voltrokken zich belangrijke staatkundige veranderingen. Op het Congres van Wenen kwam namelijk het Koninkrijk der Nederlanden tot stand waarbij de Zuidelijke Nederlanden met de Noordelijke Nederlanden werden verenigd. De Zuidelijke Nederlanders dienden bij de nationale codificatie te worden betrok-

99 Zie hierboven p. 47.

100 Zie Ontwerp 1816, art. 1318, Van Gessel-de Roo 1991, p. 258.

101 Er zijn meer verbintenisrechtelijke aanspraken denkbaar. Zo zou de oudere beperkt gerechtigde de eigenaar – en mogelijk ook de jongere beperkt gerechtigde – kunnen aanspreken wegens onrechtmatige daad, hetgeen eveneens resulteert in een verplichting tot schadevergoeding.

102 Zie hierboven p. 26, waar deze uitkomst ook naar Romeins recht wordt verdedigd.

103 Ontwerp 1816, art. 1709 bepaalt dat ‘hetzelfde goed, hetwelk eenmaal verpand is, meermaals verpand [kan] worden, doch buiten nadeel, en onverminderd het regt, van den vroegeren pandhouder’.

104 Zie hierboven p. 47.

ken.¹⁰⁵ Daartoe werd het Noord-Nederlandse Ontwerp 1816 ter beoordeling voorgelegd aan een door de Koning benoemde commissie van drie zuidelijke juristen.¹⁰⁶

4.2.5 Ontwerp 1820

Het verslag van de Belgische commissie omvatte een vernietigend oordeel over het Ontwerp 1816.¹⁰⁷ De zuidelijke juristen waren gehecht aan het Franse recht en stelden dan ook voor om een nieuw – op de Code civil gegrond – ontwerp te vervaardigen. De Koning wees dit voorstel af en beval dat op grondslag van Kempers ontwerp door de Raad van State moest worden beraadslaagd over het te codificeren burgerlijk recht, waarna een Commissie van redactie het Ontwerp 1816 zou herzien.¹⁰⁸ Op 22 november 1820 was het zogenoemde Ontwerp 1820 rijp om door de Tweede Kamer in behandeling te worden genomen. Hoewel het in het algemeen niet zozeer als een nieuw, als wel als een herzien ontwerp kan worden beschouwd,¹⁰⁹ vertoonde het Ontwerp 1820 juist op het gebied van het zekerhedenrecht belangrijke verschillen.¹¹⁰ Uit de ‘ophelderende memorie’ blijkt dat de commissie de beginselen van specialiteit en publiciteit heeft getracht verder door te voeren.¹¹¹ Deze beginselen waren door de Zuid-Nederlandse commissie in haar rapport naar voren gebracht.¹¹² In het herziene ontwerp gold de registratie van een hypotheek op een onroerende zaak dan ook uitdrukkelijk als constitutief vereiste.¹¹³ Toch erkende het Ontwerp 1820 nog de generale hypotheek op onroerend goed, al schreef het wel aparte registratie voor in de plaatsen

105 De vereniging maakte herziening van de Grondwet van 1814 noodzakelijk. De nieuwe Grondwet van 1815 schreef in art. 163 de invoering van een burgerlijk wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden voor. Zie Van Hasselt 1987, p. 262.

106 Zie KB 5 september 1815, opgenomen in Voorduin I, I, p. 73-75. De commissie bestond uit Lammens, advocaat te Gent, De Guchteneere, destijds kamerpresident bij het Hoogerechtshof te Brussel en Nicolai, die op dat moment kamervoorzitter was van het Hoger Hof van Justitie te Luik. Zie Gillesen, *TvR* 1967, p. 406 e.v.

107 Zie Voorduin I, I, p. 78-82, Cleveringa 1938, p. 282-299 en Lokin & Zwalve 2014, p. 374.

108 Zie Cleveringa 1938, p. 299 en 300.

109 Zie Cleveringa 1938, p. 300, die spreekt over een ‘herziene uitgaaf’ en Gillesen 1967, p. 443, die stelt dat met de Belgische kritiek tamelijk zelden rekening is gehouden. Overigens is het aantal artikelen wel teruggebracht tot 3631.

110 Herman, diss. 1914, p. 138-140. De regeling van de beperkte genotsrechten is ingekort en vernummerd, maar wijkt inhoudelijk nauwelijks af van het Ontwerp 1816.

111 Opgenomen in De Bosch Kemper 1864, zie p. 11 en 12.

112 Zie de opmerkingen onder de wettekst van Ontwerp 1816, art. 1696, Van Gessel-de Roo 1991, p. 349 en 350.

113 Zie Ontwerp 1820, art. 1514, De Bosch Kemper 1864, p. 168. Kritisch over de inschrijving als constitutief vereiste Herman, diss. 1914, p. 140 en 141. Ten aanzien van roerende goederen stond het ontwerp slechts vuistpand toe. Zie Ontwerp 1820, art. 1513. Roerende goederen konden als gevolg hiervan niet meer generaal worden verpand. Zie Ontwerp. 1820, art. 1516.

waar de goederen zijn gelegen.¹¹⁴ Ook de legale hypotheeken waren pas geldig na inschrijving in de registers.¹¹⁵ Vergeleken met het Ontwerp 1816 is aldus het gevaar enigszins afgenomen voor onbekendheid met legale hypotheeken, wat in de rangorderegeling – die overigens inhoudelijk ongewijzigd is gebleven – mogelijk tot onredelijke resultaten had kunnen leiden.¹¹⁶

Tot een praktijktoepassing is het niet gekomen omdat het Ontwerp 1820 de behandeling in de Tweede Kamer niet overleefde.¹¹⁷ Aan een nieuw aangestelde Commissie van redactie werd vervolgens de taak toegekend om naar aanleiding van de beraadslagingen van de Tweede Kamer over het Ontwerp 1820 een vernieuwd ontwerp op te stellen.¹¹⁸ De samenstelling van de commissie – vijf leden uit de Zuidelijke, twee leden uit de Noordelijke Nederlanden – toont de Zuid-Nederlandse dominantie en verklaart de grote invloed van de Code civil op het oorspronkelijk in het Frans opgestelde ontwerp dat deel voor deel naar de Eerste Kamer werd gezonden.

4.2.6 Wetboek van 1830

Onder dit Zuid-Nederlandse overwicht stelde de commissie in 1824 de titels vast met betrekking tot het zekerhedenrecht.¹¹⁹ Hoewel de uiteindelijke redactie van dit zogeheten Ontwerp 1824 voor grote delen woordelijk overeenstemde met de Code civil, had men zich blijkens de beraadslagingen over de grondbeginselen van het hypotheekrecht niettemin sterk afgezet tegen het Franse systeem.¹²⁰ Zo werden om te beginnen de gerechtelijke hypotheeken niet overgenomen uit de Code.¹²¹ Daarnaast werden ook de legale hypotheeken geschrapt omdat deze niet waren te verenigen met het beginsel van publiciteit.¹²² Degenen die naar Frans recht een hypotheek aan de wet ontleenden, konden hun zekerheidsrecht bedingen zodat ook deze

114 Zie Ontwerp 1820, art. 1517, De Bosch Kemper 1864, p. 168.

115 Zie Ontwerp 1820, art. 1535, De Bosch Kemper 1864, p. 170.

116 Het gevaar voor onbekendheid met legale hypotheeken was niet helemaal geweken omdat een dergelijke hypotheek met terugwerkende kracht kon worden opgenomen, zie Ontwerp 1820, art. 1535, De Bosch Kemper 1864, p. 168.

117 Zie hierboven voetnoot 10.

118 Zie Voorduin I,I, p. 277-280. Aanvankelijk werd het Ontwerp 1820 artikel voor artikel op redactie en inhoud onderzocht, maar omdat de Tweede Kamer zodanig van het ontwerp afweek, werd vanaf 1822 de behandeling titelsgewijs voortgezet. Zie Voorduin I,I, p. 305 en 306.

119 Telders e.a. 1935, p. IX.

120 Het ontwerp is opgenomen in Telders e.a. 1935, p. 368 e.v. en plaatst de Nederlandse vertaling naast de oorspronkelijke Franse tekst. De regelingen van de beperkte genotsrechten komen dermate overeen met het Franse recht en het Nederlandse burgerlijk recht van 1838 dat een afzonderlijke behandeling overbodig is. De gelijkenissen zijn af te lezen in Telders e.a. 1935, p. 100-183.

121 Voorduin IV, p. 446.

122 Voorduin IV, p. 445.

hypotheken voor schuldeisers kenbaar zouden zijn.¹²³ Het andere beginsel waarop het hypothecaire stelsel is gebaseerd – te weten dat van specialiteit – noopte tot afschaffing van generale hypotheken.¹²⁴ Zo was van een slaafse overname van de Code civil op dit onderwerp allerm minst sprake. De afkeer van de generale en ‘verborgen’ hypotheken heeft geleid tot een systeem waarin iedere hypotheek kenbaar was voor derden.¹²⁵ Het ontwerp bepaalde immers dat een hypotheek eerst na de inschrijving rechtsgeldig tot stand is gekomen.¹²⁶ Tevens ging de inrichting van de registers op de schop. Naar Frans recht geschiedde de hypothecaire inschrijving op de naam van de eigenaar, waardoor de enige sleutel tot de registers de naam van de eigenaar van het onroerend goed was.¹²⁷ De Commissie van redactie verkoos een stelsel dat gericht was op het perceel boven een stelsel op de persoon en bepaalde dat een hypotheek op de goederen van de hypotheekgever diende te worden ingeschreven.¹²⁸ Uit de registers viel dan de gehele rechtstoestand van het perceel op te maken, zodat een schuldeiser zich omtrent de afwezigheid van andere hypotheken en goederenrechtelijke lasten kon vergewissen.

Het ontwerp plaatste daarnaast geen geprivilegieerde schuldeisers meer boven hypotheekrechten.¹²⁹ De voorrechten werden weliswaar ten behoeve van enkele schuldeisers behouden, maar zij genoten nog slechts voorrang boven schuldeisers zonder hypotheek.¹³⁰ De rang van de hypothecaire schuldeisers werd thans volledig in overeenstemming met de prioriteitsregel bepaald naar de dagtekening van de inschrijving van de hypotheek.¹³¹ Met de afschaffing van legale en gerechtelijke hypotheken was voor een schuldeiser het gevaar geweken dat na de verkrijging van zijn recht nog

123 Naar Frans recht moesten de legale hypotheken van de minderjarige op de goederen van de voogd en van de getrouwde vrouw op haar huwelijksgoederen evenzeer worden ingeschreven. Deze namen echter rang in naar de dag dat het beheer resp. het huwelijk was aangevangen en niet naar het moment van inschrijving. Zie art. 2134 en 2135 CC. Om de belangen van minderjarigen te waarborgen, verplicht het ontwerp de voogd om de minderjarige een hypotheek te geven. Zie art. 441 Wetboek van 1830, opgenomen in Het Nederl. Burg. Wetboek, de Code civil, het Wetboek Lodewijk Napoleon en het Burgerlijk Wetboek van 1830 met verwijzingen tot elkander en tot de overige wetboeken, Leiden en Amsterdam: Gebhard 1850, p. 123.

124 Eerdere commissies hadden deze beginselen reeds tot uitgangspunt genomen voor het hypothecaire systeem, doch geen van hen had zich weten te ontdoen van de generale en legale hypotheken. Genoemd kunnen worden de ‘personele commissie’ van 1814 en de wetgever van de Code civil.

125 Zie de redevoeringen van de leden van de commissie Sypkens en Van Crombrughe in Voorduin IV, p. 452-477 resp. p. 477-490.

126 Ontwerp 1824, boek 2, titel 19, art. 16, Telders e.a. 1935, p. 373.

127 Zie Herman, diss. 1914, p. 126 en 127.

128 Zie Herman, diss. 1914, p. 151-153.

129 Zie Voorduin IV, p. 345-347.

130 Zie Ontwerp 1824, boek 2, titel 20, art. 4, Telders e.a. 1935, p. 403.

131 Zie Ontwerp 1824, boek 2, titel 19, art. 18, Telders e.a. 1935, p. 375.

onbekende hypotheek opdoeken die hoger in rang stonden.¹³² De voor de geldigheid van de hypotheek vereiste inschrijving maakte bovendien de verhouding tussen verschillende conventionele hypotheekhouders inzichtelijk. De dag van inschrijving was beslissend zonder acht te slaan op het uur waarop de inschrijving was gedaan. Aan twee op dezelfde dag ingeschreven hypotheek werd dezelfde rang toegekend.

Nadat in 1829 nog enkele redactionele wijzigingen waren doorgevoerd en het wetboek doorlopend was genummerd, besloot de Koning het jaar erop om het 'Wetboek van 1830' te laten drukken en per 1 februari 1831 in werking te laten treden.¹³³ De invoering van het wetboek werd echter opnieuw verijdeld door politieke gebeurtenissen, dit maal de uitgebroken Belgische opstand. De daaruit voortgekomen onafhankelijkheid van België noopte de Koning ertoe de inwerkingtreding van het wetboek te schorsen.¹³⁴ Hij beval dat het wetboek eerst moest worden herzien en in overeenstemming moest worden gebracht met de belangen van de Oud-Nederlandse provinciën.¹³⁵

4.3 HET NEDERLANDSE RECHT ONDER HET BURGERLIJK WETBOEK VAN 1838

4.3.1 De invoering van het Burgerlijk Wetboek

In de jaren na de Belgische opstand werd het Wetboek van 1830 herzien door de Commissie van redactie. Het plan om een oorspronkelijk Nederlands wetboek te vervaardigen werd niet weer opgevat, maar men nam het Wetboek van 1830 tot uitgangspunt.¹³⁶ De codificatiewerkzaamheden resulteerden derhalve in een wetboek dat zeer dicht tegen de Code civil aanlag. Het Burgerlijk Wetboek was in 1834 geheel herzien en nadat ook de herziening van de andere wetboeken – van Burgerlijke Rechtsvordering en van Koophandel – was voltooid, kregen de ontwerpen met ingang van 1 oktober 1838 kracht van wet.

4.3.2 Goederenrechtelijke zekerheidsrechten

De in het Ontwerp 1820 strikt doorgevoerde beginselen van specialiteit en publiciteit werden in het Burgerlijk Wetboek van 1838 evenzo tot uitdrukking gebracht. Iedere hypotheek was speciaal en bovendien kenbaar voor derden vanwege de vereiste registratie.¹³⁷ Deze registratie was tevens bepa-

132 Sypkens typeert de toepassing van het beginsel *qui prior est tempore, potior est iure* in een systeem waarin gerechtelijke hypotheek voorkomen, als zeer onrechtvaardig. Zie Voorduin IV, p. 475.

133 Voorduin I, p. 355, Land 1899, p. 123 en Lokin & Zwalve 2014, p. 375.

134 Voorduin I, p. 357 en 358.

135 KB 24 februari 1831, *Stb.* 1831, no. 1 en Voorduin I, p. 359 en 360.

136 Lokin & Zwalve 2014, p. 376 en Diephuis I, p. 138.

137 Zie art. 1219 en 1224 OBW, waarover Asser-Scholten II, p. 453-463, Diephuis VII, p. 420-425, Opzoomer IV, p. 629-638 en Land III, p. 362, 373 en 374.

lend voor de rangorde tussen de verschillende schuldeisers die een hypotheek hadden verkregen.¹³⁸ In deze rangorde namen dus alleen conventionele hypotheekhouders plaats. De geprivilegieerde schuldeisers die naar Frans recht met een aan de wet ontleend zekerheidsrecht voorrang hadden boven de conventionele hypotheeken, stonden als bevoorrechte schuldeisers krachtens art. 1180 OBW, behoudens de in art. 1185 OBW genoemde schuldeisers, achter bij hypotheekhouders.¹³⁹

Art. 1226 OBW bepaalt als hoofdregel¹⁴⁰ dat hypothecaire schuldeisers rang innemen naar de dag van de inschrijving van hun recht.¹⁴¹ Aan het artikel is tevens een nadere regeling toegevoegd voor twee op dezelfde dag geregistreerde rechten. Het feit dat de ene hypotheek enige uren voor de ander is gevestigd doet niet ter zake. Er werd namelijk slechts onderscheid gemaakt naar de dag van inschrijving, zodat beide hypotheeken in dat geval dezelfde rang innamen. In de literatuur wordt deze keuze aldus verklaard dat men de bewaarder van de registers geen gelegenheid heeft willen geven naar zijn goedvinden de ene hypotheekhouder voorrang boven de andere te verlenen.¹⁴² Tevens wordt opgemerkt dat hoewel met deze regel geschillen over de prioriteit worden afgesneden, het jegens een hypotheekhouder met een vroeg op de dag ingeschreven hypotheek onbillijk kan uitpakken als blijkt dat hij zijn rang moet delen met later op dezelfde dag geregistreerde hypotheekhouders.¹⁴³

4.3.3 Goederenrechtelijke genotsrechten

De wetgever van het Burgerlijk Wetboek van 1838 moge dan de verhouding tussen meerdere hypotheekhouders in een duidelijke regeling hebben vervat, de wijze waarop een beperkt genotsrecht zich verhoudt tot een ander beperkt recht op dezelfde zaak heeft in het geheel geen aandacht gekregen. Aan een onderzoek naar de mogelijke toepassing van de prioriteitsregel in conflicten, zo deze überhaupt al konden bestaan, waarin een beperkt genotsrecht is betrokken, ligt de kwestie omtrent de bevoegdheid van een eigenaar ten grondslag. Het is namelijk de vraag of een eigenaar de bevoegdheid heeft om een beperkt recht op zijn zaak te vestigen nadat hij reeds ten behoeve van een ander een beperkt recht heeft gevestigd. Indien beide beperkte rechten strekken tot zekerheid wordt deze vraag impliciet bevestigend beantwoord

¹³⁸ Diephuis VII, p. 447 en Opzoomer IV, p. 639.

¹³⁹ Zie Asser 1838, p. 402-405. Het gaat in art. 1185 OBW om enkele bevoorrechte schulden op bepaalde goederen. Zie hierover Opzoomer IV, p. 534-547, Diephuis VII, p. 587 e.v. en Asser-Scholten II, p. 357-386.

¹⁴⁰ Er zijn twee uitzonderingen opgenomen in art. 1227 en 1228 OBW. Deze zullen in par. 8.2.3 worden behandeld nu deze uitzonderingen ook naar huidig recht bestaan.

¹⁴¹ Ten overvloede zij opgemerkt dat de datum van de titel op grond waarvan de hypotheek wordt gevestigd niet ter zake deed omdat het recht eerst na de inschrijving tot stand kwam. Zie Asser-Scholten II, p. 467 en 468.

¹⁴² Diephuis VII, p. 448.

¹⁴³ Land III, p. 375, voetnoot 1. Deze opvatting is ook te vinden bij Van Nierop 1937, p. 194.

door het bestaan van een rangorderegeling tussen meerdere hypotheekhouders. De vestiging van een tweede beperkte recht van hypotheek is terwege mogelijk en wordt ook door de vestigingsformaliteiten toegelaten omdat de vestiging van een hypotheek anders dan bij een pandrecht het geval is, niet gepaard gaat met machtsverschaffing.¹⁴⁴ Tot het vestigen van een tweede beperkt gebruiksrecht is de eigenaar echter niet zonder meer bevoegd.

De Groningse hoogleraar Gerhardus Diephuis (1817-1892) merkt op in zijn systematische commentaar op het oud BW – het in dertien delen verschenen ‘Nederlandsch Burgerlijk Regt’¹⁴⁵ – dat het bestaan van een goederenrechtelijk recht de bevoegdheid van de eigenaar om nieuwe rechten te vestigen kan beperken. Volgens Diephuis kan in het algemeen worden gesteld dat de eigenaar op wiens erf een recht van erfpacht of opstal is gevestigd, onbevoegd is tot het vestigen van een recht van erfdienstbaarheid omdat hij de vrije uitoefening van het recht van de beperkt gerechtigde niet mag belemmeren, maar zulks door de vestiging van een erfdienstbaarheid wel zou doen.¹⁴⁶ Als het gaat om een eigenaar die zijn zaak in vruchtgebruik heeft gegeven, wordt zijn bevoegdheid eveneens beperkt omdat hij de vruchtgebruiker volgens art. 825 OBW niet in zijn genot mag hinderen.¹⁴⁷ De bloot eigenaar is naar de opvatting van Diephuis daarom alleen bevoegd tot het vestigen van die rechten die ongehinderd naast het oudere beperkte recht kunnen bestaan.¹⁴⁸

Ook Cornelis Willem Opzoomer (1821-1892), de opponent van Diephuis, schrijft in zijn artikelsgewijs commentaar dat de eigenaar de volle beschikking heeft over zijn zaak, maar dat zakelijke rechten die als zelfstandige rechten aan een ander toekomen, zijn bevoegdheid verminderen.¹⁴⁹ Volgens Opzoomer behoudt de eigenaar alleen die rechten die ‘na aftrekking van het zakelijk recht nog als de overige deelen van den vollen eigendom overblijven’.¹⁵⁰ En, zo vervolgt hij, ‘daar het eene deel van het eigendomsrecht niet met het andere kan strijden, zoo mist de eigenaar alle bevoegdheid, die met dat zakelijke recht in strijd is.’ Tot het vestigen van beperkte rechten op een zaak waarop reeds een recht van erfpacht of opstal rust, is de eigenaar dus niet bevoegd omdat dit per definitie leidt tot strijdigheid met de vrije uitoefening door een erfpachter of opstaller. De eigenaar die zijn zaak in vrucht-

144 Voor de verpanding van roerende goederen is vereist dat de goederen uit de macht van de debiteur worden gesteld. Zie art. 1196 OBW en over deze eis Diephuis VII, p. 361 en 362.

145 Eerder had Diephuis het burgerlijk recht in negen delen becommentarieerd ‘naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek’, waarvan de eerste druk tussen 1845 en 1855, de tweede tussen 1856 en 1859 was verschenen. De betreffende systematische behandeling verscheen tussen 1868 en 1891.

146 Diephuis VI, p. 538.

147 Land merkt op dat voor sommige zakelijke rechten geen plaats is om naast elkaar te bestaan, zoals voor twee vruchtgebruiken op hetzelfde goed. Zie Land III, p. 380.

148 Diephuis VI, p. 538.

149 Opzoomer III, p. 463.

150 Opzoomer III, p. 464.

gebruik heeft gegeven blijft volgens Opzoomer bevoegd zowel feitelijke als beschikkingshandelingen te verrichten ten aanzien van de zaak onder de voorwaarde dat hij het genot van de vruchtgebruiker niet belemmert.¹⁵¹ Of een erfdiensbaarheid een ouder beperkt gerechtigde belemmert in de uitoefening van zijn recht is volgens Opzoomer een bloot feitelijke vraag.

Beide auteurs stellen derhalve de bevoegdheid tot het vestigen van genotsrechten afhankelijk van de feitelijke vraag of de uitoefening van een ouder zakelijk recht daardoor niet wordt belemmerd. In sommige gevallen kan pas na de vestiging van een tweede recht de vraag naar de al dan niet belemmerende werking worden beantwoord. Het gevolg daarvan is dat achteraf komt vast te staan dat de bevoegdheid van de eigenaar tot het vestigen van het beperkte recht ontbrak, hetgeen de vraag doet rijzen naar de sanctie die volgt op een dergelijke vestiging.¹⁵² Diephuis laat zich niet uit over de rechtsgeldigheid van een zodanig recht en stelt dat een beperkt gerechtigde die wordt gehinderd door een later gevestigd recht dat zonder zijn medewerking of toestemming is verleend, zich tegen de uitoefening van dat recht kan verzetten.¹⁵³ Diephuis lijkt het tweede recht te respecteren en in de onderlinge verhouding de oudere beperkt gerechtigde overeenkomstig de prioriteitsregel voorrang te geven boven de jongere.

Opzoomer is van mening dat indien de eigenaar een beschikking heeft gemaakt waartoe hij geen recht had – zoals het vestigen van een tweede gebruiksrecht dat de uitoefening van het eerste belemmert – die van geen waarde kan zijn.¹⁵⁴ Het recht is in dat geval niet tot stand gekomen zodat de beoogde beperkt gerechtigde geen recht op de zaak kan doen gelden.¹⁵⁵

4.3.4 Combinatie van zekerheids- en genotsrechten

Het conflict tussen beperkte rechten dat in de literatuur vermoedelijk vanwege zijn praktische relevantie de meeste aandacht heeft gekregen is dat tussen een zekerheidsrecht en een later gevestigd genotsrecht. Indien een hypotheekhouder overgaat tot executie wordt immers de vraag acuut hoe de hypotheekhouder zich verhoudt tot een andere gerechtigde tot een genotsrecht omdat het voor de waarde van de zaak verschil maakt of deze met of zonder inachtneming van het beperkte genotsrecht op de executieveiling kan worden aangeboden.

151 Opzoomer IV, p. 53 en 54.

152 Bij sommigen is geen nauwkeurig uitgewerkte sanctie te vinden, maar alleen een conclusie, zoals bij Land III, p. 380, voetnoot 2, inhoudende dat een bestaand vruchtgebruik de werking van het tweede vruchtgebruik belet.

153 Diephuis VI, p. 538.

154 Opzoomer III, p. 464.

155 Op welke rechtsgrond de oudere beperkt gerechtigde de nietigheid van het jongere beperkte recht kan invoeren, is mij niet duidelijk geworden.

Dat een eigenaar de bevoegdheid heeft om bijvoorbeeld erfdienstbaarheden te vestigen op zijn met een hypotheekrecht bezwaarde zaak, wordt door de meerderheid van de auteurs aangenomen.¹⁵⁶ De onenigheid is toegespitst op de wijze waarop het recht van erfdienstbaarheid zich verhoudt tot het hypotheekrecht, hetgeen van belang is voor de vraag of een hypotheekhouder de zaak al dan niet slechts met inachtneming van het later gevestigde recht kan executeren.

Opzoomer meent dat de eigenaar van een met een hypotheek bezwaarde zaak alleen die zakelijke rechten kan vestigen waardoor de hypotheekhouder niet wordt benadeeld.¹⁵⁷ Hij baseert dit, zoals reeds hierboven bleek ten aanzien van meerdere beperkte genotsrechten, op de samenhang tussen zakelijke rechten en het eigendomsrecht.¹⁵⁸ Evenals bij een erfdienstbaarheid en een vruchtgebruik geldt na de vestiging van een hypotheekrecht immers dat de eigenaar bevoegd blijft zakelijke rechten te vestigen, tenzij hierdoor aan het recht van de ouder beperkt gerechtigde – in dit geval de waarborg van de hypotheekhouder – afbreuk wordt gedaan. Volgens Opzoomer komt het erop aan te bepalen ‘of [de erfdienstbaarheid] de waarde zoo vermindert, dat de hypotheekhouder daaruit zijne betaling niet meer zou kunnen verkrijgen’.¹⁵⁹ De hypotheekhouder zal zich tegen een erfdienstbaarheid die zijn waarborg geen schade toebrengt dan ook niet kunnen verzetten. Van enige schade aan de waarborg zal in ieder geval tot het moment waarop de hypotheekhouder overgaat tot executie geen sprake zijn. De verzekerde schuldeiser heeft immers geen gebruiksrecht ten aanzien van het goed, maar alleen een waarborg voor de betaling van zijn schuld.¹⁶⁰ Erfdienstbaarheden kunnen daarom in ieder geval tot het moment van executie rechtsgeldig worden uitgeoefend.

Een eerste bezwaar tegen deze opvatting is dat moeilijk te bepalen is in hoeverre een erfdienstbaarheid de waarborg van de hypotheekhouder daadwerkelijk vermindert. Niet alleen het vaststellen van de waarde van de zaak op het moment van de vestiging van een erfdienstbaarheid, ook het waarderen van het goed na de bezwaring levert problemen op.¹⁶¹ Diephuis voegt

156 Overigens zij opgemerkt dat slechts enkele auteurs die over het hypotheekrecht hebben geschreven, zich over deze kwestie hebben uitgelaten. In ieder geval zijn te noemen Diephuis en Opzoomer en de kort na elkaar – in 1884 resp. 1888 – op dit onderwerp gepromoveerde Meijer en Van der Goot. Onder hen komt alleen Meijer tot de slotsom dat de hypotheekgever zijn bevoegdheid door de hypotheekverlening geheel heeft verloren. Zie Meijer, diss. 1884, p. 65 e.v., weersproken door Van der Goot, diss. 1888, p. 35-42. Zie voorts Diephuis VI, p. 539 en Opzoomer III, p. 464.

157 Opzoomer III, p. 464. In dezelfde zin Land III, p. 380 en 381.

158 Opzoomer III, p. 463 en de verwijzing aldaar naar p. 225-227.

159 Opzoomer III, p. 464.

160 Zie Opzoomer III, p. 465, voetnoot 1.

161 Opzoomer ziet daarentegen niet in waarom het onmogelijk is voor een hypotheekhouder om voor de executieverkoop de waardevermindering ten gevolge van de erfdienstbaarheid te bepalen. Hij stelt dat bijvoorbeeld een vroegere verkoop door de eigenaar een aanknopingspunt kan zijn voor de waardebepaling. Zie Opzoomer III, p. 464, voetnoot 1. Hierover zeer kritisch Diephuis VI, p. 540.

aan deze bezwaren omtrent de waardebepaling toe dat het vaststellen van de causaliteit tussen de waardedaling van de zaak en de vestiging van een erfdienstbaarheid eveneens problematisch kan zijn.¹⁶² De geldigheid van de verleende erfdienstbaarheid zou volgens Diephuis 'kwelijk [mogen kunnen] afhangen van een waardedaling, hetzij door eene algemeene daling der prijzen, hetzij ten gevolge eener verkeerde behandeling van het goed'.¹⁶³

Bovendien ziet hij geen verklaring voor het feit dat een geldig gevestigde erfdienstbaarheid door de enkele uitoefening van het hypotheekrecht ongeldig wordt en als niet bestaand moet worden beschouwd.¹⁶⁴ De oplossing is, aldus de schrijver, om de geldigheid niet afhankelijk te stellen van de vraag of de waarborg van de schuldeiser werkelijk is verminderd, maar de eigenaar ofwel bevoegd ofwel onbevoegd te achten om erfdienstbaarheden te verlenen. Het recht van erfdienstbaarheid is dan ofwel geldig gevestigd en blijft dat ook na een executieverkoop ofwel nietig. Voor een algemene onbevoegdheid tot het vestigen van erfdienstbaarheden vindt Diephuis noch grond in de wet noch aanleiding buiten de wet. Hij komt daarom tot de conclusie dat de eigenaar de vrije beschikking houdt om erfdienstbaarheden te vestigen die vervolgens door de hypotheekhouder zullen moeten worden gerespecteerd.¹⁶⁵ Het is volgens Diephuis aan de schuldeiser om een onderpand van voldoende waarde tot zekerheid van zijn vordering te verlangen: 'Een voorzigtig schuldeischer zal zich bovendien wel niet tevreden stellen met een onderpand, van dezelfde waarde als de som, die hij tegen hypotheekstelling uitgeeft; daardoor zal hij in den regel ook wel niet door eene later verleende erfdienstbaarheid, die toch altoos slechts in eene verplichting om iets te dulden of niet te doen bestaat, benadeeld worden.'¹⁶⁶

Onduidelijk is of de eigenaar naar de mening van Diephuis de zaak dan ook ten nadele van de hypotheekhouder met vruchtgebruiken kan bezwaren. In de literatuur wordt deze vraag unaniem ontkennend beantwoord, daar steeds naar voren wordt gebracht dat een hypotheekhouder in het algemeen niet door de vestiging van jongere genotsrechten wordt geraakt.¹⁶⁷ Opzoomer merkt op dat aan de opvatting van Diephuis om de eigenaar nog wel de bevoegdheid tot het vestigen van erfdienstbaarheden te laten behouden, de consequentie hangt dat aan de eigenaar dan ook het verlenen van een vruchtgebruik moet worden toegestaan.¹⁶⁸ Bij Diephuis zelf zijn echter geen aanwijzingen te vinden voor het feit dat de redenering ter zake van het vestigen van een erfdienstbaarheid ten nadele van een hypotheekhouder ook mag worden toegepast in geval van bezwaring met een vrucht-

162 Diephuis VI, p. 541 en 542.

163 Diephuis VI, p. 541 en 542.

164 Zie Diephuis VI, p. 541, voetnoot 1 in zijn reactie op Opzoomer III, p. 465.

165 Diephuis VI, p. 542.

166 Zie Diephuis in *Het Nederlandsch burgerlijk regt, naar de volgorde van het Burgerlijk wetboek, Deel III*, Groningen: Wolters 1857, p. 331.

167 Opzoomer III, p. 465, Land III, p. 381 en Asser-Scholten II, p. 474.

168 Opzoomer III, p. 465 en 466.

gebruik.¹⁶⁹ Alleen ten aanzien van de vestiging van erfdienstbaarheden spreekt hij immers uit dat het slechts gaat om een geringe waardedaling van de zaak die voor risico van de hypotheekhouder komt.¹⁷⁰ In de visie van Diephuis blijft dus alleen de bevoegdheid tot het vestigen van erfdienstbaarheden onbeperkt bestaan na de hypotheekverlening.

Tegen het standpunt van Diephuis kan worden ingebracht dat de eigendomsbevoegdheden te veel op de voorgrond worden geplaatst in verhouding tot het recht van de hypotheekhouder, wiens recht dientengevolge onvoldoende wordt gewaarborgd.¹⁷¹ De schuldeiser heeft het recht om datgene te behouden wat hem als zakelijk recht is toegekend en op die grond kan men verdedigen dat de schuldeiser bij de uitoefening van zijn recht de zaak mag aanbieden in dezelfde rechtstoestand als waarin het verkeerde ten tijde van de vestiging van de hypotheek.¹⁷²

De visie van Diephuis heeft bovendien tot gevolg dat gerechtigden tot beperkte genotsrechten en gerechtigden tot beperkte zekerheidsrechten verschillend worden behandeld. Ofschoon beiden een zakelijk recht op de zaak van een ander hebben verkregen, kan een hypotheekhouder nog wel, maar een vruchtgebruiker niet meer met voor hem nadelige zakelijke rechten – in dit geval rechten van erfdienstbaarheid – worden geconfronteerd. Een hypotheekgever kan immers nog onbeperkt erfdienstbaarheden verlenen, terwijl een eigenaar die zijn zaak in vruchtgebruik heeft gegeven, zulks nog slechts kan voor zover daardoor het genot van de vruchtgebruiker niet wordt belemmerd.

Inherent aan dit onderscheid is dat tevens een verschil ontstaat tussen erfdienstbaarheden en de andere genotsrechten omdat een hypotheekhouder alleen jongere erfdienstbaarheden en bijvoorbeeld niet jongere vruchtgebruiken tegen zich hoeft te laten gelden.¹⁷³ Deze versterkte positie van gerechtigden tot een erfdienstbaarheid – gestoeld op de gedachte dat de vestiging van een erfdienstbaarheid anders dan de andere zakelijke genotsrechten slechts een beperkte waardedaling teweeg brengt, waarop de schuldeiser bij de zekerheidsneming heeft kunnen anticiperen – lijkt niet goed te rijmen

169 Zo ook Van der Goot, diss. 1888, p. 9.

170 Overigens kan de waarde van de zaak terdege worden gedrukt door de vestiging van een erfdienstbaarheid. Een verbod om bijvoorbeeld hoger dan twee meter te bouwen maakt dat het bouwterrein niet geschikt is om als woonbestemming te dienen waardoor het op een executieverkoop minder zal opbrengen.

171 Zie de scherpe kritiek op de visie van Diephuis in de proefschriften van Meijer, diss. 1884, p. 15-28 en Van der Goot, diss. 1888, p. 3-13.

172 Asser-Scholten II, p. 474, Van der Goot, diss. 1888, p. 43, Van Nierop 1937, p. 239 en Meijer, diss. 1884, p. 66, die meent door de erkenning van het recht van de hypotheekhouder ertoe te moeten komen dat een hypotheekgever de bevoegdheid tot het vestigen van andere zakelijke rechten volledig is ontzegd.

173 Hoewel doorgaans alleen over het recht van vruchtgebruik wordt gesproken, moet worden aangenomen dat hetzelfde geldt voor andere zakelijke rechten die gepaard gaan met het volledig en exclusief gebruik van de zaak, zoals de rechten van erfpacht en opstal alsook het met de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 afgeschaft recht van beklemming.

met het karakter van zakelijke rechten. De Hoge Raad die zich voor zover mij bekend alleen in algemene bewoordingen over deze kwestie heeft uitgelaten, overweegt immers dat 'uit het karakter van hypotheek als zakelijk recht, op het goed zelf drukkend, en tegen een ieder geldend, volgt dat, al moge na de vestiging daarvan de eigenaar zijn recht om beschikkingen ten aanzien der zaak te maken, niet verliezen, hij dit niet anders kan uitoefenen dan voor zoverre daardoor de oudere rechten van den hypotheekhouder niet verkort worden.'¹⁷⁴

Hoewel Diephuis zich zonder medestanders bevindt, levert zijn keuze om de hypotheekgever de bevoegdheid toe te kennen om ten laste van de hypotheekhouder erfdienstbaarheden te vestigen, geen problemen op voor de constructie van het jongere recht op het moment van executie. Het recht van erfdienstbaarheid is geldig gevestigd en blijft ook na de executie van de hypotheekhouder geldig bestaan, in tegenstelling tot de visie van Opzoomer waarin de erfdienstbaarheid als gevolg van de executie ongeldig wordt. In vergelijkbare zin stelt Scholten dat de hypotheekhouder voordat hij overgaat tot executie de nietigheid van de jongere erfdienstbaarheid kan inroepen om zo de zaak vrij van deze rechten te kunnen verkopen.¹⁷⁵ Van der Goot construeert het ongeldig worden van een later gevestigd zakelijk recht aan de hand van een stilzwijgende ontbindende voorwaarde waaronder het jongere recht is gevestigd. Bij de executie van de hypotheekhouder gaat de ontbindende voorwaarde in vervulling en vervalt het jongere zakelijke recht.¹⁷⁶

De combinatie van het in de meerderheidsopvatting gewenste resultaat – te weten dat de hypotheekhouder geen jongere erfdienstbaarheden tegen zich hoeft te laten gelden – en een zuivere constructie van dat jongere recht zoals die van Diephuis wordt gevormd door de Utrechtse hoogleraar Johannes Philippus Suijling (1869-1962) in zijn Inleiding tot het burgerlijk recht.¹⁷⁷ In het kader van de rangorde van zakelijke rechten schetst hij de situatie waarin een eigenaar een vruchtgebruik verleent na een hypotheek te hebben gevestigd. Hij stelt vervolgens vast: 'Omdat het oudere recht het jongere primeert, blijven ook hier botsingen uit. De achtereenvolgens in het leven geroepen *jura in re aliena* nemen rang naar prioriteit.'¹⁷⁸ Suijling spreekt de toepassing van de prioriteitsregel uit over conflicten tussen zakelijke rechten in het algemeen en maakt dus geen onderscheid tussen bijvoorbeeld zekerheidsrechten, vruchtgebruiken en erfdienstbaarheden. Het jongere recht

174 HR 20 april 1900, W 7435.

175 Zie Asser-Scholten II, p. 474. Overigens is Scholten hiermee teruggekomen van zijn standpunt dat hij in de vierde druk de bewerking van Assers zakenrecht verkondigde, inhoudende dat de bevoegdheid om de nietigheid van een jongere erfdienstbaarheid in te roepen is beperkt tot het geval dat het goed door de erfdienstbaarheid daadwerkelijk minder waard is geworden.

176 Van der Goot, diss. 1888, p. 43 en 44.

177 Dit systematisch opgezette werk verscheen in zeven delen in de periode 1918-1943. In Suijling wordt een Nederlandse vertegenwoordiger gevonden van het in de pandektistiek door Dernburg aangehangen standpunt. Zie hierboven p. 30.

178 Suijling V, nr. 82.

wordt niet per definitie ongeldig, maar delft in de onderlinge verhouding tot het andere zakelijke recht het onderspit, daar het moet 'lijden dat de hypotheekhouder het goed als onbezwaard eigendom executeert'.¹⁷⁹

4.4 SLOTSOM

Na de staatkundige eenwording van Nederland hebben de wetgevingscommissies met betrekking tot het systeem van het zekerhedenrecht nog lange tijd vastgehouden aan het Rooms-Hollandse recht. Zo kenden de ontwerpen van Kreet en Van der Linden alsmede het WNH nog generale, legale en geprivilegieerde hypotheeken. De rangorde van schuldeisers met een zekerheidsrecht werd steeds in de eerste plaats door de wet geregeld. Alleen in de verhouding tussen soortgelijke conventionele zekerheidsrechten was plaats voor de toepassing van de prioriteitsregel.

Na de Franse overheersing werd ook door Kemper teruggegrepen op het hypothecaire systeem zoals dat in het gewest Holland voor 1809 van kracht was. Alleen ten aanzien van de registratie van hypotheeken alsmede de wijze waarop men de rang vaststelde tussen twee op dezelfde dag gevestigde zekerheidsrechten zijn enkele verschillen te noemen.

Eerst sinds de vereniging met de Zuidelijke Nederlanden was de wetgever doordrongen van het belang van het doorvoeren van de beginselen van specialiteit en publiciteit. Via het Wetboek van 1830 hebben dan ook alleen conventionele speciale hypotheeken hun weg in het Burgerlijk Wetboek van 1838 weten te vinden. Anders dan in het Rooms-Hollandse recht en eveneens anders dan in de Code civil werden dus gerechtelijke, legale en generale hypotheeken geschrapt. Als gevolg hiervan ging de rangorderegeling niet meer gebukt onder later opgekomen of onbekende doch hoger gerangschikte hypothecaire schuldeisers. Alle hypotheekhouders namen rang in naar het moment van de vestiging van hun recht. Bovendien was dat moment voor derden eenvoudig te achterhalen omdat uit de nieuw ingevoerde registers de gehele rechtstoestand van de zaak kon worden afgeleid. Zo werd volledig in overeenstemming met de prioriteitsregel de rang van hypothecaire schuldeisers bepaald naar de voor een ieder kenbare dagtekening van inschrijving van de hypotheeken.

Over de verhouding van zakelijke genotsrechten tot een ander zakelijk recht laten de ontwerpen van Wierdsma, Van der Linden en Kemper niets uitdrukkelijk los. Ook in de tijd dat het WNH rechtskracht had, bleef deze kwestie – mede wegens het ontbreken van een rechterlijke motiveringsplicht –

¹⁷⁹ Suijling V, nr. 82. Deze toepassing van de prioriteitsregel leidt de schrijver af uit het beginsel dat 'niemand meer recht kan verlenen dan hijzelf bezit'. Deze verklaring, waarmee overigens ook in de Toelichting Meijers de prioriteitsregel wordt gerechtvaardigd, lijkt niet te stroken met de door Suijling gemaakte karakterisering van beperkte rechten, inhoudende dat een beperkt gerechtigde niet een deel van de eigendom, maar een zelfstandig recht verkrijgt. Zie Suijling V, nr. 9. Hierover uitgebreid in par. 7.2

onbesproken. Uit de ontwerpen van Wierdsma en Van der Linden volgde impliciet dat een genotsrecht niet kon conflicteren met een ander zakelijk recht omdat alleen degene met de volle eigendom een erfdiensbaarheid kon vestigen. Kemper die de op de Rooms-Hollandse traditie gebaseerde ontwerpen in belangrijke mate volgde, maakte een zeker onderscheid tussen rechten die al dan niet 'tot nadeel en ongerief van den genen die ouder regt heeft' strekken.¹⁸⁰ Uitgaande van dat onderscheid kwam een eigenaar alleen de bevoegdheid toe tot het vestigen van een recht dat ongehinderd naast het oudere kon bestaan.

Na de invoering van de Burgerlijk Wetboek van 1838 kwamen in de literatuur verschillende opvattingen naar voren over de vraag naar de bevoegdheid van de eigenaar tot het vestigen van zakelijke rechten nadat hij eerder een zakelijk recht ten behoeve van een ander had gevestigd. De meerderheidsopvatting luidde dat de eigenaar die rechten bevoegdelijk kon vestigen die de uitoefening van het recht van de oudere zakelijk gerechtigde niet hinderden.

Over de vraag hoe met het jongere recht moet worden omgegaan als het een erfdiensbaarheid betrof die schade toebrengt aan een ouder hypotheekrecht, liepen de meningen uiteen. Verdedigd werd onder meer dat in dat geval de erfdiensbaarheid ongeldig werd dan wel dat de hypotheekhouder de nietigheid ervan kon inroepen. Diephuis heeft geen verklaring kunnen vinden voor het plotseling ongeldig worden van het jongere recht en koos ervoor de bevoegdheid van de eigenaar tot het vestigen van erfdiensbaarheden niet te beperken waardoor erfdiensbaarheden zelfs ten nadele van de hypotheekhouder tot stand konden komen. Dat hij alleen erfdiensbaarheden toestond, heeft ermee te maken dat een erfdiensbaarheid naar de inschatting van Diephuis de waarde van de zaak slechts in geringe mate drukt omdat een erfdiensbaarheid slechts kan bestaan in een dulden of nalaten. De consequentie hiervan is dat er een onderscheid ontstond tussen erfdiensbaarheden en verstrekkendere gebruiksrechten, zoals vruchtgebruiken.

Ondanks de andersluidende mening van Diephuis, was de heersende opvatting dat de hypotheekhouder in geval van executie de zaak in de rechtstoestand mag aanbieden waarin het verkeerde ten tijde van de vestiging van het hypotheekrecht. Tot dit resultaat kwam ook Suijling die alle zakelijke rechten rang naar prioriteit liet innemen. Ten aanzien van mogelijke conflicten behoeft de oplossing dan niet te worden gezocht in de mogelijke onbevoegdheid van de eigenaar tot het vestigen van een jonger recht en de daarmee samenhangende ongeldigheid ervan, maar was het slechts nodig de zakelijke rechten in hun onderlinge verhouding – gerangschikt naar het moment van vestiging – te bezien.

180 Zie Ontwerp 1816, art. 1318, Van Gessel-de Roo 1991, p. 258. Zie hierboven p. 56.

5 | Duits recht

5.1 INLEIDING

De aandacht voor het Franse recht werd vanaf het eind van de negentiende eeuw verdrongen door de oriëntatie op Duitsland.¹ Het goeddeels uit Frankrijk afkomstige Burgerlijk Wetboek van 1838 schoot tekort in het bieden van oplossingen voor nieuwe, als gevolg van maatschappelijke en economische ontwikkelingen ontstane juridische problemen. Aangezien door de wetgever niet werd ingespeeld op onder meer de mechanisering van de industrie, de opkomst van moderne technieken en de groei van de handel, zochten Nederlandse juristen naar oplossingen in jongere wetboeken. Het op 1 januari 1900 ingevoerde Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vormde een ideale inspiratiebron.² Vanwege de grote invloed die het BGB heeft gehad op de Nederlandse literatuur en rechtspraak draagt de bestudering van het Duitse recht en zijn ontwikkeling bij aan een beter begrip van het moderne burgerlijk recht.³

Het recht in Duitsland heeft gelet op de staatkundige geschiedenis – de Duitse eenwording werd pas in 1871 bewerkstelligd – een andere ontwikkeling doorgemaakt dan het Nederlandse recht. In de jaren na de Napoleontische overheersing is het in de Duitse gebieden niet gekomen tot een eenheids-codificatie. De politieke eenheid ontbrak en de zelfstandige landen bleken ook niet bereid om een deel van hun soevereiniteit af te staan. Er waren wel enkele codificaties binnen de Duitstalige gebieden tot stand gekomen, waaronder het burgerlijke wetboek voor het Habsburgse Rijk dat nog steeds als het Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) in Oostenrijk van kracht is. Tevens kan het Pruisische Allgemeine Landrecht (ALR) worden genoemd.⁴

1 Zie voor de invloed van de Duitse op de Nederlandse rechtsgeleerden onder meer Van Oven 1938, p. 329 en Lokin 1994, p. 41.

2 Zo kwam bijvoorbeeld het eigendomsvoorbehoud geheel aan de hand van het BGB (§ 455 thans § 449) tot stand en erkende de Hoge Raad in navolging van het Duitse recht de fiduciaire eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid door middel van constitutum possessorium als zekerheidsrecht op roerende zaken.

3 Zie voor de invloed van het BGB op het Nederlandse privaatrecht Jansen, AA 2014, p. 19-524.

4 Zie uitgebreid over de moeizame totstandkoming van het ALR Lokin & Zwolve 2014, p. 281-288. Het ALR werd ontworpen om de plaats van het Romeinse recht als subsidiaire rechtsbron in te nemen. Dit wetboek dat aanvankelijk alle lokale wetten in de Pruisische gebieden in stand liet, verkreeg na de Napoleontische overheersing in delen van Pruisen primaire rechtskracht.

Ondanks de politieke verscheidenheid werd na de overwinning op Napoleon de roep om een grotere Duitse eenheid gehoord. Om deze eenheid te bewerkstelligen werden diverse voorstellen gedaan om over te gaan tot het ontwerpen van een eenheidscodificatie.⁵ De invoering van een wetboek voor alle Duitse landen werd echter bestreden door Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) die wordt beschouwd als de grootste rechtsgeleerde van zijn tijd.⁶ Savigny, destijds rector magnificus van de Universiteit van Berlijn, achtte de tijd niet rijp voor een nationale codificatie. Een wetboek moest in zijn visie bestaan uit een dogmatisch stelsel van leidende rechtsbeginselen die uit het Justiniaanse recht konden worden gedestilleerd.⁷ Er diende dus eerst een juristenstand te worden opgeleid die door zijn wetenschappelijke scholing in het Romeinse recht het dogmatische systeem in de vingers had.⁸ Het aldus door Savigny voorgestane onderwijsprogramma van de zogenoemde Historische School deed zijn intrede op de Duitse universiteiten. De Pandektisten die hun naam ontleen aan de Pandekten⁹ aan de hand waarvan het onderwijs werd gegeven, hebben de Duitse universiteiten en de rechtspraak in de negentiende eeuw gedomineerd.

Toen na de Duitse eenwording de weg was vrijgemaakt voor een gemeenschappelijk wetboek – hiervoor diende overigens nog in 1873 de constitutie van het Rijk in die zin te worden geamendeerd dat het gehele burgerlijk recht tot de wetgevingscompetentie van het Rijk zou gaan behoren¹⁰ – was het dan ook het ‘verwetenschappelijkte Romeinse recht’ dat de grondslag van het wetboek heeft gevormd.¹¹ In 1874 startte een commissie van elf leden onder wie een van de meest gezaghebbende Pandektisten, Bernhard Windscheid, haar codificatiewerkzaamheden die uiteindelijk uitmondde in het Eerste Ontwerp.¹² Vanwege de kritiek die dit ontwerp

5 Zo pleitte K.E. Schmidt voor de invoering van het ABGB in alle Duitse landen, A.W. Rehberg voor de (her)invoering van de Code civil in Duitsland en bepleitte A.F.J. Thibaut uit natuurrechtelijke hoek de noodzaak van de invoering van een codificatie op nationaal niveau.

6 Lokin & Zwalve 2014, p. 300 en Koschaker 1953, p. 254.

7 Zie Savigny 1814, p. 28 en 29.

8 Uitvoerig bespreekt Savigny de reeds bestaande codificaties – te weten de Code civil, het ALR en het ABGB – die alle waren mislukt vanwege het gebrek aan wetenschappelijkheid. Zie Savigny 1814, p. 54-110.

9 De Digesten worden ook wel Pandekten genoemd.

10 Aanvankelijk behoorde alleen het verbintenissenrecht tot de wetgevingscompetentie van het Rijk. Het amendement van 20 december 1873 is voornamelijk de verdienste geweest van Eduard Lasker naar wie deze wetswijziging dan ook is vernoemd (Lex Lasker). Zie Wieacker 1967, p. 468.

11 De zogenaamde *Vorkommission* kreeg als taak om de opzet en het systeem voor het wetsontwerp uit te werken en stuurde erop aan het *System des gemeinen römischen Zivilrechts* aan het wetboek ten grondslag te leggen. Zie Staudinger/Honsell, Einl zum BGB, Rn 75.

12 Wieacker 1967, p. 469. De beraadslagingen van de eerste commissie (*Motive*) die destijds zijn gepubliceerd zijn in drie delen verzameld door Mugdan in *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*. Deze bron van wetgevingsgeschiedenis is aangevuld door Jakob en Schubert tussen 1978 en 2002 met de destijds niet gepubliceerde overwegingen, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*.

te verduren kreeg – zo werd het te leerstellig en doctrinair geacht – is een tweede commissie samengesteld om het geheel te herzien.¹³ Het tweede ontwerp week niet wezenlijk af van het eerdere ontwerp en werd vervolgens in licht gewijzigde vorm door de *Bundesrat* aangenomen.¹⁴ Het uit paragrafen bestaande BGB trad op 1 januari 1900 in werking.

Geduceerd uit het Romeinsrechtelijke actiënrecht – het Romeinse recht kende rechtsvorderingen *in rem* en *in personam* – maakten de Pandektisten onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht.¹⁵ Aangezien het BGB eveneens aan dit onderscheid vasthoudt, krijgen in het hiernavolgende het goederenrecht (paragraaf 5.2) en het verbintenissenrecht (paragraaf 5.3) een afzonderlijke behandeling ter zake van de vraag naar de toepassing van de prioriteitsregel naar Duits recht.

5.2 GOEDERENRECHT

5.2.1 Abstract stelsel

Onder de overheersende invloed van Bernhard Windscheid volgde de wetgevingscommissie nauw het pandektensysteem. Geheel in lijn met zijn gezaghebbende *Lehrbuch des Pandektenrechts* kende de commissie aan het *Sachenrecht* een zelfstandig boek toe naast het *Allgemeiner Teil*, *Schuldrecht*, *Familienrecht* en *Erbrecht*. De zelfstandige plaats die men het zakenrecht toebedeelde, berust op het wezenlijke onderscheid tussen verbintenissenrecht en zakenrecht.¹⁶ Aan de hand van dit onderscheid dat overigens in andere wetgevingen zoals het ALR en de Code civil lang niet zo scherp was getrokken, kan het in Duitsland geldende abstracte stelsel van eigendomsoverdracht worden verklaard. De vraag of een eigendomsoverdracht tot stand is gekomen – een goederenrechtelijk vraagstuk – moet namelijk worden geabstraheerd van de vraag naar de geldigheid van de titel die bestaat uit rechtshandelingen die in een ander deel van het rechtssysteem gestalte krijgen, te weten het verbintenissenrecht.¹⁷ De rechtsgrond voor de overdracht moet daarom in het zakenrecht worden gevonden. Hiertoe is door Savigny

13 Wieacker 1967, p. 471. Zie voor de kritiek Staudinger/Honsell, *Einl zum BGB*, Rn 80. De toelichting op het tweede ontwerp (*Protokolle*) is eveneens te vinden bij Mugdan en Jakob-Schubert.

14 Zie Staudinger/Honsell, *Einl zum BGB*, Rn 85-87.

15 Zie Windscheid/Kipp I (1906), p. 166 e.v.

16 Zie Mugdan III, p. 1.

17 Zie Mugdan III, p. 4. Met zijn abstracte stelsel van overdracht wijkt het Duitse recht af van het Nederlandse recht dat uitgaat van een causaal stelsel, dat wil zeggen dat voor de overdracht een levering krachtens een geldige obligatoire rechtsbetrekking is vereist. Zie HR 5 mei 1950, NJ 1950/1 (*Damhof/Staat*). Meijers hing aanvankelijk het abstracte stelsel aan, maar heeft zich gevoegd naar de uitspraak van de Hoge Raad. Zie PG Boek 3 BW, p. 317. Vgl. art. 3:84 BW.

het *dingliche Vertrag* (goederenrechtelijke overeenkomst) ontworpen.¹⁸ Deze overeenkomst moet worden gezien als de op overdracht gerichte wilsovereenstemming die als vereiste voor een rechtsgeldige overdracht aan de bezitsverschaffing wordt gekoppeld.¹⁹ De andersluidende opvatting dat de op eigendomsoverdracht gerichte wil van partijen niet in de levering maar in de verbintenisrechtelijke overeenkomst besloten ligt, werd door de wetgevingscommissie toegeschreven aan een onjuiste uitleg van een Digestenfragment waarin is bepaald dat bezitsverschaffing de eigendom alleen doet overgaan indien daaraan een afdoende rechtsgrond ten grondslag ligt.²⁰

5.2.2 Prioriteit vloeit voort uit het systeem

Voortbordurend op het strikte onderscheid tussen *Sachenrecht* en *Schuldrecht* merkte de wetgever over de verhouding tussen zakelijke rechten onderling het volgende op:

‘An der hand der Rechtslogik ergibt sich unter anderem dass [...], weil Niemand mehr Recht übertragen kann, als er hat, das frühere an einer Sache bestellte Recht dem später bestellten Rechte vorgeht.’²¹

De wetgevingscommissie beschouwde de prioriteitsregel als een vanzelfsprekende rechtsregel die kan worden gezien als een logische consequentie van de nemo-plusregel. Het vestigen van een beperkt recht wordt begrepen als een *Veräußerung im weiteren Sinne* en wordt dus geconstrueerd als een overdracht van een deel (van de bevoegdheden van) het eigendomsrecht.²² Na de vestiging van een beperkt recht kan de eigenaar nog slechts onder de eerbiediging van dat recht over zijn eigendomsrecht beschikken.²³

18 Zie Savigny III, p. 312. Overigens kan vanuit deze optiek worden gesteld dat in een causaal stelsel als het Nederlandse het vereiste van de goederenrechtelijke overeenkomst overbodig is omdat als vereiste voor een eigendomsoverdracht reeds een obligatoire rechtshandeling die tot overdracht verplicht – een geldige titel – wordt voorgeschreven.

19 Het eerste ontwerp (§ 874) schreef als vereiste voor de eigendomsoverdracht voor een *Vertrag* inhoudende de wilsverklaring van partijen dat de eigendom op de verkrijger overgaat. Om verwarring met het obligatoire *Vertrag* te voorkomen, wijzigde de tweede commissie het vereiste in *Einigung (beide darüber einig sind)*. Zie Mugdan III, p. 623-624.

20 Zie Mugdan III, p. 4, waar wordt verwezen naar D. 41,1,31 pr. De in deze tekst genoemde *iusta causa praecedens* moet niet worden gezien als een constitutief vereiste voor overdracht, maar deze aan de overdracht ten grondslag liggende verbintenis is wel handzaam om de op eigendomsoverdracht gerichte wil te bewijzen. Deze opvatting van Savigny is overgenomen door Windscheid en vervolgens bij de wetgevingscommissie terecht gekomen. Zie Windscheid/Kipp I (1906), p. 884, voetnoot 5.

21 Zie Mugdan I, p. 505.

22 Mugdan III, p. 124. De opvatting dat de prioriteitsregel een gevolgtrekking is van de nemo-plusregel wordt in de literatuur breed gedragen. Zie MünchKomm/Kohler § 879 Rn 17 en Wilhelm 2016, p. 300.

23 Mugdan III, p. 125.

De prioriteitsregel behoefde dan ook niet uitdrukkelijk te worden gecodificeerd, hetgeen te meer blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van § 1209 BGB. De betreffende paragraaf handelt over het ontstaansmoment van pandrechten die zijn gevestigd op voorwaardelijke of toekomstige vorderingen.²⁴ Waar de commissie van het eerste ontwerp in het kader van meerdere pandrechten op dezelfde roerende zaak nog uitdrukkelijk opnam dat het oudere voor het jongere pandrecht gaat –

‘bestehen mehrere Pfandrechte an derselben Sache, so geht das der Begründung nach ältere Pfandrecht dem jüngere vor’²⁵

– achtte de tweede commissie deze uitdrukkelijke codificatie van de prioriteitsregel overbodig omdat hierdoor het misverstand zou kunnen ontstaan dat de prioriteit alleen betrekking heeft op pandrechten en niet op alle overige zakelijke rechten.²⁶

5.2.3 Botsende pandrechten

De aldus bevestigde toepassing van de prioriteitsregel in het kader van meerdere pandrechten op roerende zaken heeft echter weinig praktische betekenis omdat het BGB op roerende zaken alleen het vuistpandrecht toestaat.²⁷ Na *Übergabe* van de zaak kan de pandgever in beginsel²⁸ niet opnieuw dezelfde zaak in vuistpand geven.²⁹ De vestiging van pandrechten is daarom slechts in beperkte mate geschikt voor de financieringspraktijk die dan ook haar toevlucht heeft genomen tot andere wijzen ter verzekering van een vordering, te weten de hierna nog te bespreken *Sicherungsübereignung*

24 De ingevoerde en sindsdien ongewijzigde § 1209 BGB luidt: ‘Für den Rang des Pfandrechts ist die Zeit der Bestellung auch dann massgebend, wenn es für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt ist.’

25 Zie voor de wettekst van de betreffende § 1151 van het eerste ontwerp Mugdan III, p. LXXX.

26 Mugdan III, p. 918.

27 § 1205 en 1206 BGB. Voor de vestiging van een pandrecht is bezitsverschaffing vereist. Uit de *Protokolle* van de tweede commissie volgt uitdrukkelijk dat de bezitsverschaffing door middel van constitutum possessorium niet volstaat. Zie Mugdan III, p. 447. Het toestaan van een constitutum possessorium staat op gespannen voet met het publiciteitsbeginsel.

28 Behoudens het geval waarin de *Übergabe* erin bestaat dat het ‘middellijke bezit’ als bedoeld in § 1205 lid 2 BGB wordt verschaff. Indien het onmiddellijke bezit bij een derde berust, kan een zaak verscheidene malen in vuistpand worden gegeven.

29 Voor het geval dat de zaak toch weer terug komt bij de pandgever, voorkomt bovendien § 1253 BGB – waarin is bepaald dat het pandrecht tenietgaat indien de zaak terug in de macht van de pandgever belandt – dat een roerende zaak ten behoeve van meerdere schuldeisers kan worden verpand.

(fiduciaire eigendomsoverdracht), *Sicherungsabtretung* (fiduciaire cessie) en *Eigentumsvorbehalt* (eigendomsvoorbehoud).³⁰

Het belang van § 1209 BGB is erin gelegen dat wordt bepaald dat pandrechten – ook pandrechten op bedongen of toekomstige vorderingen – rang innemen naar hun ontstaansmoment, ongeacht het moment waarop de vordering is ontstaan. Toch vervult de betreffende paragraaf ook een zekere rol in het kader van rangorderegelingen. Naar Duits recht ontleen bepaalde schuldeisers een pandrecht aan de wet.³¹ Indien de rang van een dergelijk wettelijk pandrecht op een roerende zaak moet worden vastgesteld, wordt gelet op de schakelbepaling van § 1257 BGB het in § 1209 BGB besloten liggende prioriteitsprincipe aangewend. De rangorde wordt derhalve vastgesteld naar de tijdstippen waarop de rechten tot stand zijn gekomen.³²

5.2.4 Het *Grundbuch*

De wetgever beschouwde zoals aangeduid de prioriteitsregel als een regel die voortvloeit uit de rechtslogica, waarvan codificatie achterwege kon blijven. Uitdrukkelijk was overwogen dat het toepassingsbereik van de prioriteitsregel zich niet tot pandrechten moest beperken, maar zich over alle zakelijke rechten – en dus ook over registergoederen – diende uit te strekken.³³ Het is de verdienste geweest van de Pandektisten dat een rechtsregel voor botsende pandrechten zich heeft ontwikkeld tot een beginsel dat betrekking heeft op alle zakelijke rechten in het BGB.³⁴ Bij de overname van

30 Ofschoon het BGB de fiduciaire eigendomsoverdracht niet als zodanig regelt, wordt de aan de hand van de algemene bepaling inzake de eigendomsoverdracht (§ 929 BGB) in combinatie met de bepaling inzake *Besitzkonstitut* (bezitsverschaffing door middel van constitutum possessorium) (§ 930 BGB) geconstrueerde figuur weldegelijk erkend. Zie Baur-Stürner 2009, p. 1078 e.v., Westermann-Gursky-Eickmann 2011, p. 382 e.v., Wilhelm 2016, p. 935 e.v. *Sicherungsabtretung* verkiest men doorgaans boven de verpanding van vorderingen onder meer omdat voor een dergelijke verpanding mededeling aan de schuldenaar is vereist (§ 1280 BGB), terwijl cessie plaatsvindt bij enkele overeenkomst (§ 398 BGB). De verpanding van een groot aantal vorderingen tegelijk is derhalve buitengewoon omslachtig. Vanuit dit gebrek heeft de *Sicherungsglabolzession* – de cessie van alle bestaande en toekomstige vorderingen – zich ontwikkeld.

31 Naast de aan het BGB (§ 562, 583, 592, 647 en 704) ontleende wettelijke pandrechten, vloeien uit het HGB (Handelsgesetzbuch) alsmede uit vele speciale wetten legale pandrechten voort. Zie voor een overzicht Staudinger/W Wiegand § 1257 Rn 1.

32 Een uitgebreide behandeling van de wettelijke pandrechten kan hier achterwege blijven omdat legale pandrechten geen bevoorrechte positie innemen ten opzichte van andere pandrechten. § 1209 BGB is eveneens van toepassing op het hierna nog te bespreken zogenoemde *Pfändungspfandrecht* – een product van de ZPO (Zivilprozessordnung) – waaraan weliswaar evenmin een voorrecht ten opzichte van pandhouders wordt toegekend, maar met welk recht een onverzekerde schuldeiser andere concurrente schuldeisers voorblijft zodra hij overgaat tot beslaglegging. Het *Pfändungspfandrecht* neemt in de praktijk de belangrijkste plaats in onder de pandrechten en geeft dan ook het vaakst aanleiding tot conflicten. Zie Baur-Stürner 2009, p. 750 en 771.

33 Mugdan III, p. 918.

34 Zie bijvoorbeeld Dernburg I (1888), p. 92.

het Romeinsrechtelijke prioriteitsbeginsel erkende de wetgevingscommissie dat het gebrek aan publiciteit waarmee het Romeinse recht kampte de toepassing van de prioriteitsregel heeft belemmerd.³⁵ De commissie van het eerste ontwerp was doordrongen van de noodzaak om een systeem van registratie in te voeren.³⁶ De afwezigheid van een registratiestelsel:

‘mindert naturgemäss die Neigung, Grundstücke zu erwerben und zu beleihen, erschwert in Folge dessen den Abschluss von Veräußerungs- und Kreditgeschäften zu angemessenen Bedingungen und schädigt auf diese Weise das Interesse der Grundbesitzer auf das Empfindlichste.’³⁷

Aangezien daarnaast in veel Duitse landen reeds een stelsel van registratie in het leven was geroepen,³⁸ kon het doel van de codificatie – te weten het bevorderen van de Duitse eenwording – ten aanzien van het onroerend-goedrecht alleen worden bereikt op grondslag van een openbaar systeem van registratie.³⁹ Voor de vervreemding of bezwaring van registergoederen zijn een goederenrechtelijke overeenkomst (*Einigung*) en registratie (*Eintragung*) als constitutieve vereisten gesteld.⁴⁰ Iedere wijziging in de goederenrechtelijke status van een *Grundstück* moet worden geregistreerd zodat deze voor een ieder kenbaar is. Het doel is immers om het rechtsverkeer rechtszekerheid te verschaffen en dwaling omtrent de op de onroerende zaak gevestigde rechten te vermijden.⁴¹

5.2.5 Rangorde naar moment van registratie

Ten aanzien van rechten op registergoederen heeft de wetgever aan de prioriteitsregel uitdrukking gegeven in § 879 BGB.⁴² Deze paragraaf bevat een rangorderegeling voor in het *Grundbuch* geregistreerde rechten. In het eerste ontwerp werd de datum van registratie beslissend gevonden voor de plaats in de rangorde:

‘Unter mehreren Rechten an einem Grundstücke, [...], geht das dem Datum nach früher, [...], eingetragene Recht dem später eingetragenen Rechte vor. Die unter demselben Datum eingetragenen Rechte haben gleichen rang.’⁴³

35 Zie hierboven p. 16.

36 De commissie zette zich af tegen de mogelijkheid die onder Romeins recht bestond om zekerheidsrechten vormvrij te vestigen. Als gevolg van de vormvrijheid heeft het Romeinse systeem van zekerheidsrechten immers de grootste hinder ondervonden om zich te ontwikkelen.

37 Mugdan III, p. 9.

38 De Pruisische Hypotheken-Ordnung introduceerde al in 1783 een grondboekstelsel. Zie voor een overzicht van de inrichting van registratiestelsel in de andere Duitse gebieden Mugdan III, p. 6-8.

39 Mugdan III, p. 9.

40 § 873 BGB. Zie over het constitutief vereiste Mugdan III, p. 89.

41 Mugdan III, p. 89.

42 In het eerste ontwerp was de betreffende paragraaf genummerd als § 840.

43 Eerste ontwerp § 840, opgenomen in Mugdan III, p. XI.

Het aansluiten bij de datum van de registratie – het zogeheten *Tempusprinzip* – zoals dat destijds in de *Pfandgesetze* en *Grundbuchgesetze* van een aantal Duitse gebieden gebruikelijk was,⁴⁴ leed om administratieve redenen een belangrijke uitzondering. Voor een goed begrip van deze uitzondering is het van belang vooraf kort stil te staan bij de inrichting van de registers. Het *Grundbuch* waarvoor overigens al in 1883 een wetsontwerp was gemaakt door de ontwerper van het zakenrecht,⁴⁵ wordt per district gevoerd in losbladige vorm en is ingericht in drie afdelingen.⁴⁶ Afdeling I betreft eigendomsverkrijgingen, in afdeling III worden zekerheidsrechten geregistreerd en afdeling II fungeert als restcategorie waarin bijvoorbeeld erfdienstbaarheden worden ingeschreven.⁴⁷ Welnu, als uitzondering op het *Tempusprinzip* bepaalde het eerste ontwerp dat rechten die op dezelfde dag in dezelfde afdeling waren ingeschreven niettemin rang innemen naar de volgorde van inschrijving.⁴⁸ Deze rechten werden immers op hetzelfde blad onder elkaar geregistreerd waarmee vaststaat dat het eerst vermelde recht ouder was dan het daaronder vermelde recht.

De tweede commissie had echter bezwaren tegen het *Tempusprinzip*. Hoewel de praktische uitwerking van de rangorderegeling hierdoor niet werd beïnvloed, gaf zij de principiële voorkeur aan het *Lokusprinzip*.⁴⁹ Niet de datum, maar de plaats op het betreffende blad in het *Grundbuch* bepaalt in de ingevoerde wettekst in de regel de rangorde tussen meerdere gerechtigden tot eenzelfde registergoed. De datum speelt slechts een beslissende rol indien rechten in verschillende afdelingen zijn ingeschreven. In dat geval brengt het naar datum gemaakte onderscheid met zich mee dat twee op dezelfde dag ingeschreven rechten gelijke rang innemen.

De rangregeling op grondslag van de prioriteitsgedachte wordt verwezenlijkt door de procedurele regels uit de *Grundbuchordnung* (GBO).⁵⁰

44 Het gaat met name om Zuid-Duitse staten zoals Bayern en Württemberg. Zie voor een overzicht Mugdan III, p. 125.

45 Reinhold Johow was de ontwerper van het zakenrecht van het BGB en overlegde in 1883 tevens een eerste ontwerp met begeleidende toelichting voor de *Grundbuchordnung* dat nog steeds wordt beschouwd als een van de belangrijkste bronnen van de ontstaansgeschiedenis van het *Grundbuch*. Zie Jakobs-Schubert 1982, p. 27.

46 Zie § 1 GBO (*Grundbuchordnung*). De ontwikkeling ter zake van de invoering van het elektronische *Grundbuch* – zie § 126 e.v. GBO – laat ik buiten beschouwing.

47 Zie § 9-11 GBV (*Grundbuchverfügung*).

48 Aan de hierboven geciteerde ontwerp-wettekst van § 840 was nog toegevoegd: ‘*sind jedoch mehrere Rechte in dieselbe Abteilung des Grundbuches eingetragen, so bestimmt sich das Rangverhältnis unter ihnen nach der Reihenfolge der Eintragung.*’

49 Mugdan III, p. 549. Als redenen hiervoor droeg de commissie aan dat het vanuit juridisch-technisch oogpunt beter is om aan de datum niet te veel gewicht te hechten omdat voor de registratie het opnemen van de datum geen essentieel vereist is. Er zullen daarnaast in het werk van de ambtenaar minder fouten sluipen die bovendien – bijvoorbeeld in geval van een niet-gedateerde registratie – minder problematisch zullen zijn voor het vaststellen van de rangorde.

50 Johow maakte een onderscheid tussen de materiële regels die thuishoren in het BGB en formele regels die zijn opgenomen in het GBO. Zie Jakobs-Schubert 1982, p. 27 en 28.

Zo moet het *Grundbuchamt* bij het verzoek tot registratie acht slaan op het tijdstip⁵¹ waarop dit binnenkomt omdat § 17 GBO bepaalt dat het eerst binnengekomen verzoek tot registratie ook eerst in het *Grundbuch* moet worden aangetekend.⁵² Meerdere registratieverzoeken moeten immers volgens § 45 GBO naar de volgorde van aanbidding worden aangetekend.⁵³ De rangorde komt diensgevolge voor zover het aantekeningen in dezelfde afdeling betreffen tot stand in overeenstemming met het *Lokusprinzip*. Indien op dezelfde dag meerdere verzoeken tot registratie in verschillende afdelingen worden gedaan richt de rangorde zich volgens § 879 lid 1, tweede volzin BGB naar het *Tempusprinzip*. Om recht te doen aan de prioriteitsregel zal het *Grundbuchamt* het eerst binnengekomen verzoek op een eerdere dag moeten registreren of ingevolge § 45 lid 2 GBO bij de registratie uitdrukkelijk moeten vermelden dat het eerder ingeschreven recht het andere voorgaat.⁵⁴ Op die manier komt het eerder op dezelfde dag aangeboden recht ook in rang boven een later aangeboden recht te staan.

De wettelijke regeling die de rang van het recht koppelt aan het moment van registratie is niet dwingendrechtelijk van aard. § 879 lid 3 BGB laat de mogelijkheid open voor partijen om een afwijkende rangorde overeen te komen.⁵⁵ Een dergelijke afwijking – die ook erin kan bestaan dat beide rechten gelijke rang verkrijgen – vereist op haar beurt weer *Einigung* en *Eintragung*.⁵⁶ Daarnaast kan de rangorde ook nadien nog worden gewijzigd op grond van § 880 BGB (*Rangänderung*).⁵⁷

51 Op grond van § 13 lid 2 eerste volzin GBO moet dat tijdstip op de minuut nauwkeurig worden vastgelegd.

52 Het is de heersende mening dat de regels uit de GBO en het BGB op elkaar zijn afgestemd. Zie Baur-Stürner 2009, p. 212 en Weber 2015, p. 130. Overigens zal het in de meeste gevallen de notaris zijn die een verzoek tot registratie indient. § 925 BGB schrijft immers voor de overdracht notariële tussenkomst voor. De bevoegdheid van de notaris om het verzoek tot registratie in te dienen volgt uit § 15 GBO.

53 Het moment van registratie is voor de rang van het recht zelfs dan beslissend wanneer aan het vereiste van de *Einigung* – een constitutief vereiste voor het ontstaan van het recht – nog niet is voldaan. In verband met de rechtszekerheid is het voor derden kenbare moment van *Eintragung* bepalend. Zie § 879 lid 2 BGB en Baur-Stürner 2009, p. 213 en MünchKomm/Kohler § 879 Rn 33.

54 Zie Schöner-Stöber 2012, nr. 312 en Baur-Stürner 2009, p. 209 en 210.

55 Het is niet ongebruikelijk dat zekerheidsnemers wensen af te wijken van de wettelijke rangorderegeling. Voor de kredietverschaffing eisen zij de verkrijging van een zekerheidsrecht dat de eerste rang inneemt, waardoor zij in rang voor reeds gevestigde goederenrechtelijke rechten komen te staan. Zie voor enkele praktische voorbeelden waarin de wettelijke rangorde wel aansluit bij de partijbedoelingen Baur-Stürner 2009, p. 214.

56 Een zogenoemde *Rangbestimmung* is onderdeel van de goederenrechtelijke overeenkomst. Aangenomen wordt dat als ter zake van de afwijkende rang de *Einigung* en de *Eintragung* niet met elkaar overeenstemmen waardoor een recht met een andere dan overeengekomen rang ontstaat, het recht gelet op § 139 BGB niet tot stand komt. Zie Westermann-Gursky-Eickmann 2011, p. 662, Weber 2015, p. 133 en MünchKomm/Kohler § 879 Rn 37.

57 Aan de figuur van de rangwisseling wordt op deze plaats geen aandacht besteed omdat deze ook naar Nederlands recht voorkomt. Een afwijkende rangorde kan eveneens worden bewerkstelligd aan de hand van een rangvoorbehoud (§ 881 BGB).

5.2.6 Het Pfändungspfandrecht

De praktische betekenis van § 879 BGB is met name gelegen in de context van de *Zwangsvollstreckung* (executieverkoop).⁵⁸ De vraag naar de rangorde wordt immers eerst acuut zodra een schuldeiser overgaat tot executie waardoor een van de op de te executeren zaak gevestigde rechten wordt gefrustreerd. § 11 Zwangsversteigerungsgesetz (ZVG) bepaalt dat de rangorde beslissend is voor de volgorde waarin de schuldeisers worden voldaan. De vraag of een genotsrecht na een executie in stand blijft, is eveneens afhankelijk van zijn plaats in de rangorde.⁵⁹ Het is in het bijzonder van belang om bij deze procedurele kant stil te staan omdat de Zivilprozessordnung (ZPO) de grondslag biedt voor het zogenoemde *Pfändungspfandrecht*.⁶⁰ Een schuldeiser die executoriaal beslag legt, verkrijgt daardoor van rechtswege een pandrecht op het beslagen goed.⁶¹

Dit beslagpandrecht dat zonder medewerking van de eigenaar van het goed tot stand komt, wordt ingevolge § 804 lid 2 ZPO gelijkgesteld aan een conventioneel pandrecht in de zin van het BGB. De regels met betrekking tot de rangorde tussen pandrechten zijn daarmee eveneens van toepassing op het *Pfändungspfandrecht*. Alle verschillende pandrechten – conventionele, legale en beslagpandrechten – nemen derhalve onderling rang in naar hun totstandkomingsmoment.⁶²

Met het leggen van beslag verwerft de schuldeiser een goederenrechtelijk zekerheidsrecht, waarmee hij voorrang verkrijgt boven andere concurrente schuldeisers. Anders dan naar Nederlands recht schept beslag door

58 Westermann-Gursky-Eickmann 2011, p. 655, Baur-Stürner 2009, p. 207, Wilhelm 2016, p. 314 en Staudinger/Kutter § 879 Rn 5.

59 Opgemerkt zij dat de regeling inzake het *zusammentreffen mehrerer Nutzungsrechte* van § 1024 BGB aldus moet worden begrepen dat conflicten tussen meerdere genotsrechten op dezelfde zaak alleen worden opgelost door middel van een *Regelung der Ausübung* indien de gerechtigden gelijke rang innemen omdat zij dat overeenkomstig § 879 lid 3 BGB zijn overeengekomen.

60 De ZVG geeft regels van procesrecht ten aanzien van de executie van onroerende zaken en is daarmee een *lex specialis* van de Zivilprozessordnung (ZPO). Zie § 869 ZPO waarin voor de executieregels ten aanzien van onroerende zaken naar de ZVG wordt verwezen.

61 De aard van het *Pfändungspfandrecht* is omstreden. Naar de heersende opvatting is het recht niet zuiver privaatrechtelijk noch zuiver publiekrechtelijk, maar *gemischt privat-öffentlichrechtlich* van aard. Het *Pfändungspfandrecht* wordt zoveel mogelijk in het privaatrechtelijke kader van het pandrecht gepast. Alleen voor zover het doel en het systeem van het executierecht dat eisen, geeft het procesrecht een afwijkende regeling. Zie hierover Baur-Stürner-Bruns 2006, p. 345 en MünchKommZPO/Schilken § 804 Rn 5 en 6.

62 Zie § 804 lid 3 ZPO, Zöller/Stöber § 804 Rn 4 en Baur-Stürner 2009, p. 750. Op legale pandrechten zijn krachtens § 1257 BGB de regels van conventionele pandrechten van toepassing, zie hierboven p. 75.

het toekennen van een *Pfändungspfandrecht* preferentie.⁶³ Bovendien worden andere concurrente schuldeisers als zij eveneens overgaan tot het leggen van beslag – en daarmee op hun beurt een goederenrechtelijk zekerheidsrecht verkrijgen – bij de eerste beslaglegger achtergesteld omdat pandhouders rang innemen volgens de prioriteitsregel.

Beslagleggers in het algemeen – en de eerste beslaglegger in het bijzonder – verkeren ten opzichte van de overige schuldeisers in een gunstigere positie die niet valt te rijmen met het beginsel van de *paritas creditorum*. De gelijkheid van schuldeisers wordt ondermijnd door het feit dat er een rangorde tussen schuldeisers wordt vastgesteld – en daarmee de volgorde waarin de schuldeisers worden voldaan – op basis van het moment waarop een schuldeiser de executie inzet. Niet valt in te zien waarom een schuldeiser die de solvabiliteit van zijn schuldenaar nauwlettend in de gaten houdt en derhalve eerder overgaat tot beslaglegging een versterkte positie inneemt ten opzichte van andere concurrente schuldeisers.⁶⁴ Men bedenke dat in een grensoverschrijdende financieringspraktijk schuldeisers zich onmogelijk dagelijks van de financiële gezondheid van hun schuldenaar kunnen vergewissen. Vanuit dit oogpunt heeft het toekennen van voorrang aan de beslagleggende concurrente schuldeiser een zekere willekeur in zich. De rangorderegeling van § 804 lid 3 ZPO wordt in de literatuur wel gelegitimeerd met het argument dat het prioriteitsprincipe eenvoudig hanteerbaar is en duidelijkheid schept.⁶⁵

Om begripsverwarring te voorkomen heeft het de voorkeur om de prioriteitsgedachte die in de onderlinge verhouding tussen concurrente schuldeisers in die zin naar voren komt dat degene die het eerst de executieprocedure inzet ook het sterkste recht heeft, niet met het prioriteitsprincipe maar met het *Präventionsprinzip* aan te duiden.⁶⁶ Met een *Pfändungspfandrecht* voorkomt een schuldeiser immers dat anderen ook aanspraak op de zaak kunnen maken. De anciënniteit van de rechten speelt tot het moment van

63 De uitzonderingen op de in art. 3:277 BW neergelegde hoofdregel van gelijkheid van schuldeisers zijn ingevolge het bepaalde in art. 3:278 BW beperkt tot de wettelijke redenen van voorrang. De gelijke rang houdt in dat noch het moment waarop de vordering is ontstaan noch het moment waarop de schuldeiser beslag legt voorrang geeft. Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/6.

64 Hoogstens als er nog andere bestanddelen in het vermogen van de schuldenaar aanwezig zijn waarop de andere schuldeisers zich kunnen verhalen, leidt deze voorrangspositie tot een verdedigbaar resultaat dat recht doet aan het gelijkheidsbeginsel. Zie voor kritiek in dezelfde zin Berger, *ZZP* 2008, p. 410.

65 Hässemeyer 2003, p. 35. Daarnaast beargumenteert Berger dat met het prioriteitsbeginsel in het *Einzelzwangsvollstreckungsrecht* het procesrecht en het privaatrecht met elkaar in overeenstemming zijn nu de beslaglegger krachtens privaatrecht een aan de prioriteitsregel onderhevig absoluut werkend recht toekomt. Zie Berger, *ZZP* 2008, p. 411-412.

66 In de literatuur worden beide begrippen gehanteerd, zie Zöller/Stöber § 804 Rn 5 en Baur-Stürner-Bruns 2006, p. 349.

beslaglegging geen rol.⁶⁷ In de verhouding tot pandhouders kan het *Prioritätsprinzip* wel worden aangewend omdat de rangorde tussen pandrechten wordt vastgesteld naar het moment waarop de goederenrechtelijke zekerheidsrechten tot stand zijn gekomen.

5.2.7 'Prioriteit' en insolventie

Schuldeisers hebben van de wetgever een zekere vrijheid en eigen verantwoordelijkheid toebedeeld gekregen om hun vordering voldaan te krijgen. Ze kunnen immers zelf kiezen of zij tot beslaglegging overgaan en daarmee een versterkte positie verkrijgen alsook andere rechtsfiguren aanwenden ter verzekering van hun vordering.

Indien de schuldenaar in staat van faillissement verkeert, is van enige beslissingsvrijheid van een schuldeiser om verhaal te zoeken geen sprake meer. Bovendien lijkt de prioriteitsregel in geval van *Einzelzwangsvollstreckung* ervan uit te gaan dat er nog voldoende bestanddelen in het vermogen van de schuldenaar aanwezig zijn om de overige schuldeisers verhaal te bieden.⁶⁸ Na een faillissement ontbreekt per definitie de volledige verhaalsmogelijkheid. De Insolvenzordnung (InsO) gaat dan ook niet uit van de prioriteitsregel, maar legt de gelijke behandeling van schuldeisers ten grondslag aan de wijze waarop de schuldeisers worden voldaan.⁶⁹

Van deze concurrente schuldeisers die slechts een persoonlijke aanspraak op de schuldenaar hebben en op grond van § 38 InsO gezamenlijk delen in faillissementsboedel (*Insolvenzmasse*) moeten de goederenrechtelijk gerechtigden worden onderscheiden. Deze gerechtigden kunnen een volledig of beperkt recht hebben op een goed dat zich onder de failliet bevindt en

67 Belang toekennen aan de anciënniteit van de vordering zou overigens evenmin een goed idee zijn en staat eveneens haaks op het beginsel van gelijkheid van schuldeisers. Alleen indien beslag geen invloed zou hebben op de verhaalsmogelijkheden van andere concurrente schuldeisers wordt recht gedaan aan het beginsel van de *paritas creditorum*.

68 § 88 InsO bepaalt dat de in de maand voor het faillissement ontstane *Pfändungspfandrechten* met de faillietverklaring van de schuldenaar vervallen. Zie ook Berger, ZZP 2008, p. 410.

69 De gelijke behandeling van schuldeisers volgt niet uitdrukkelijk uit de wet. Uit de op 1 januari 1999 in werking getreden Insolvenzordnung (§ 1 en 38) alsmede uit haar voorganger, de Konkursordnung (§ 3) wordt dit beginsel afgeleid uit de regel dat het insolventierecht ertoe dient '*die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen*'. Zie Häsemeyer 2003, p. 38. Häsemeyer vindt de dogmatische grondslag voor het gelijkheidsprincipe in de gezamenlijk verantwoordelijkheid van schuldeisers om alle schulden (gedeeltelijk) te voldoen waardoor vereffening slechts mogelijk is door wederzijdse gelijkmatige inkorting van ieders vordering. Zie Mäsemeyer 1982, p. 528. Berger verklaart het gelijkheidsprincipe bij faillissement uit het *Vollstreckungsverbot* van § 89 InsO, een publiekrechtelijke regel waarmee de *Einzelzwangsvollstreckung* ten tijde van faillissement is verboden. De inmenging van de overheid in de faillissementsprocedure brengt mee dat de grondrechten waaraan de staat is gebonden doorwerken in de wijze waarop het vermogen aan de schuldeisers wordt uitgekeerd. Zie Berger, ZZP 2008, p. 414 en 415.

genieten dientengevolge een *Aussonderungsrecht* respectievelijk *Absonderungsrecht*.⁷⁰ Een *Aussonderungsrecht* komt bijvoorbeeld toe aan de eigenaar van de zaak omdat die zaak niet tot de faillissementsboedel behoort.⁷¹ Hierdoor blijft de zaak buiten de faillissementsboedel.⁷² Daarmee verschilt dit recht van het *Absonderungsrecht* dat bij voorrang verhaal biedt op de opbrengst van een tot de boedel behorend goed. Hieronder zijn schuldeisers met een goederenrechtelijk zekerheidsrecht – zowel op roerende als onroerende goederen – begrepen.⁷³ Indien er meerdere *Absonderungsberechtigte* tot de opbrengst van eenzelfde zaak zijn, dient er een rangorde te worden vastgesteld die via de verwijzing in § 49 InsO ten aanzien van een onroerende zaak in § 10 en 11 ZVG is te vinden. Gerechtigden die hun recht in het *Grundbuch* hebben geregistreerd nemen rang in na enkele voorrechten⁷⁴ en worden onderling naar het moment van registratie gerangschikt.⁷⁵ Ook ten aanzien van pandrechten op roerende zaken beheerst de prioriteitsregel de onderlinge verhouding.⁷⁶

5.2.8 Collisie *Globalzession* en verlengd eigendomsvoorbehoud

Het voor de financieringspraktijk weinig geschikte *Faustpfandrecht* heeft ertoe geleid dat binnen de kaders van de fiduciaire eigendomsoverdracht andere rechtsfiguren ter verzekering van een vordering tot ontwikkeling zijn gekomen.⁷⁷ Zo is men zich gaan bedienen van eigendomsoverdrachten en cessies, in het bijzonder ten aanzien van alle bestaande en toekomstige roerende zaken en vorderingsrechten.⁷⁸ Tevens wordt in de toepassing van het eigendomsvoorbehoud op twee wijzen de figuur van de fiducia verwerkt om zo een ‘*verlängerten Eigentumsvorbehalt*’ te creëren. In de eerste plaats wordt de positie van een schuldeiser verder versterkt door overeen te komen dat de schuldenaar ook hetgeen hij met de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken vervaardigt aan de voorbehoudsverkoper fiduciair overdraagt. Het ‘normale’ eigendomsvoorbehoud eindigt immers zodra de zaken (bijvoorbeeld grondstoffen) worden verwerkt tot een nieuwe zaak.

70 Zie § 47 en 48 respectievelijk § 50 en 51 InsO.

71 Dat geldt overigens niet voor *Sicherungseigentum* en *Vorbehaltseigentum* die op grond van § 51 InsO als *Absonderungsrecht* worden behandeld. Zie Häsemeyer 2003, p. 258 en 259.

72 Zie Häsemeyer 2003, p. 257.

73 Zie voorts de opsomming in § 51 InsO, waarover Häsemeyer 2003, p. 371 e.v.

74 Zie voor de in § 10 lid 1 onder nummer 1, 2 en 3 ZVG genoemde voorrechten Baur-Stürner-Bruns 2006, p. 445 en 446.

75 § 11 ZVG doet recht aan de materieelrechtelijke regeling van § 879 BGB.

76 Zie Häsemeyer 2003, p. 368.

77 Zie Baur-Stürner 2009, p. 773-776.

78 Ten aanzien van zaken is de eigendomsverkrijging door middel van een *antezipiertes Besitzkonstitut* en een *antezipierten Einigung* ontwikkeld teneinde toekomstige zaken over te dragen. Tegen het cederen van alle toekomstige vorderingen bestaat geen beletsel omdat cessie plaatsvindt bij enkele overeenkomst. Zwalve merkt op dat hiermee feitelijk de generale hypotheek als zekerheidsrecht op het gehele vermogen van de schuldenaar opnieuw tot leven is gewekt. Zie Zwalve 2006, p. 535.

Daarnaast is het gebruikelijk alle toekomstige vorderingen van de producent te cederen aan de voorbehoudskoper (*Globalzession*) waardoor dus ook de vorderingen die de voorbehoudskoper op zijn beurt op zijn afnemers zal verkrijgen, bij voorbaat aan de voorbehoudskoper worden overgedragen.⁷⁹

Als de voorbehoudskoper tevens krediet heeft verkregen van een bank die ter verzekering van de terugbetaling daarvan een zekerheidsrecht op het gehele huidige en toekomstige vermogen van de schuldenaar heeft bedongen, kunnen de zekerheidsrechten van beide schuldeisers met elkaar in conflict raken. Hoewel de bank gelet op § 933 BGB geen rechten op de onder 'gewoon' eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken kan doen gelden, ziet het verlengde eigendomsvoorbehoud daarentegen op die zaken en vorderingen die ook aan de bank fiduciair in eigendom zijn overgedragen.⁸⁰ De nieuw ontstane zaken zullen vanwege de geanticipeerde *Einigung* en *Besitzkonstitut* automatisch overgaan op de schuldeiser met het oudste zekerheidsrecht.⁸¹ Het is doorgaans de bank die geheel conform de prioriteitsgedachte deze zaken als oudst gerechtigde verkrijgt, waarna ook in dit geval § 933 BGB verhindert dat de zaken overgaan op de voorbehoudskoper. Ten aanzien van de vorderingen (van de voorbehoudskoper op zijn afnemers) die het object zijn van zowel de *Globalzession* van de bank als het *verlängerten Eigentumsvorbehalt* van de voorbehoudskoper past het Bundesgerichtshof (BGH) de prioriteitsgedachte toe:

'[Der] Grundsatz der Priorität, nach welchem bei mehrfacher Abtretung einer Forderung nur die zeitlich erste wirksam ist, [...] gilt unbestritten bei der Abtretung bestehender Forderungen. Er muss aber auch für die Abtretung künftiger Forderungen angewandt werden. [...] Es gibt [...] kein anderes dem Gesetz und den Erfordernissen der Rechtssicherheit entsprechendes Merkmal, um über die Konkurrenz der Abtretungen zu entscheiden, als eben die zeitliche Reihenfolge.'⁸²

De toepassing van de prioriteitsregel brengt derhalve mee dat de vordering aan de schuldeiser met het oudste recht wordt overgedragen.⁸³ Ervan uitgaande dat de bank doorgaans eerder krediet heeft verstrekt dan de voorbehoudskoper, komt de bank ook ten aanzien van deze vorderingen als

79 Zie Baur-Stürner 2009, p. 852. Een gevolg van het gebruik van dergelijke constructies is – behalve oververzekering, zie Wilhelm 2016, p. 1103 – dat de boedel in een faillissement doorgaans nauwelijks activa zou bevatten omdat schuldeisers zich als separatist uit de boedel kunnen verhalen. In een faillissement worden echter fiduciaire eigenaars behandeld als pandhouders, met als gevolg dat de faillissementscurator afgifte aan de fiduciaire eigenaar kan weigeren. Zie § 50 en 51 InsO dat aan de zekerheidsnemer in een faillissement een *Absonderungsrecht* – en geen *Aussonderungsrecht* – toekent. Zie Baur-Stürner 2009, p. 802.

80 Uit § 933 BGB volgt dat de levering door een beschikkingsonbevoegde door middel van *constitutio possessorium* geen eigendomsoverdracht tot gevolg heeft.

81 Zie Wilhelm 2016, p. 1105.

82 Zie BGHZ 30, 151, herhaald in BGHZ 32, 363.

83 Zie Baur-Stürner 2009, p. 853 met verwijzing naar rechtspraak, Wilhelm 2016, p. 1106, Westermann-Gursky-Eickmann 2011, p. 378 en Vieweg-Werner 2013, p. 352.

winnaar uit de bus ten koste van de voorbehoudsverkoper.⁸⁴ Toch perkt het Bundesgerichtshof de toepassing van de prioriteitsregel enigszins in. Ten gunste van de voorbehoudsverkoper beschouwt het Hof een *Globalzession* onder omstandigheden strijdig met de goede zeden (*sittenwidrig*) en daarmee ingevolge § 138 BGB nietig. Indien de bank weet dat de schuldenaar goederen alleen onder het verlengde eigendomsvoorbehoud kan verkrijgen en zodoende van zijn schuldenaar vergt dat hij tegenover zijn leveranciers moet verzwijgen dat de toekomstige vorderingen op de afnemers reeds bij voorbaat aan de bank zijn overgedragen – anders zouden voorbehoudverkoopers immers mogelijk niet met de schuldenaar in zee gaan – valt de belangenafweging in het voordeel van de voorbehoudsverkoper uit.⁸⁵ Deze uitzondering op de prioriteitsregel wordt in de literatuur *Vertragsbruchtheorie* genoemd.⁸⁶ De *Sittenwidrigkeit* is gelegen in het praktisch induceren van een contractbreuk van de voorbehoudskoper jegens leveranciers.

In 1960 overwoog het Bundesgerichtshof nog dat van de in § 138 BGB bedoelde strijdigheid met de goede zeden alleen sprake is

‘wenn die am Rechtsgeschäft Beteiligten auch subjektiv in zu missbilligender Gesinnung handeln, wenn ihnen ihre persönliche Einstellung zum sittlichen Vorwurf gemacht werden muss.’⁸⁷

De rechtspraak heeft in de jaren daarna het vereiste van het subjectieve element sterk versoepeld.⁸⁸ Al in 1970 werd door het BGH aan het subjectieve element in de regel verondersteld te zijn voldaan indien het in de branche van het bedrijf van de schuldenaar gebruikelijk is om goederen alleen onder verlengd eigendomsvoorbehoud geleverd te krijgen.⁸⁹ Sindsdien wordt in de praktijk om strijdigheid met § 139 BGB te voorkomen ter zake van een *Globalzession* een zogenaamde *dingliche Teilverzichtsklausel* opgenomen.⁹⁰ Hiermee worden vorderingen die zijn onderworpen aan een verlengd eigendomsvoorbehoud, voor zover het opnemen ervan in de betreffende branche gebruikelijk is, van de cessie uitgesloten.⁹¹

84 Er wordt ook wel voorgesteld om de schuldeisers gelijke rang toe te kennen en hun vorderingen naar rato te voldoen. Als bestrijding van deze oplossing wordt aangevoerd dat dit rechtsonzekerheid ten gevolg zal hebben. Zie Vieweg-Werner 2013, p. 535 en Baur-Stürner 2009, p. 855.

85 Zie BGHZ 30, 153 en 32, 366 alsmede BGHZ 55, 35.

86 Zie Baur-Stürner 2009, p. 853 en Wilhelm 2016, p. 1108.

87 Zie BGHZ 32, 366.

88 Zie Wilhelm 2016, p. 1108, Westermann-Gursky-Eickmann 2011, p. 379 en Baur-Stürner 2009, p. 853.

89 Zie BGHZ 55, 36.

90 Zie Wilhelm 2016, p. 1109, Vieweg-Werner 2013, p. 354 en Baur-Stürner 2009, p. 853.

91 Een *Teilverzichtsklausel* kan ook in de obligatoire sfeer worden overeengekomen. Hiermee wordt echter strijdigheid met § 138 BGB niet voorkomen. Zie Vieweg-Werner 2013, p. 354 met rechtspraakverwijzing.

De versterkte positie van een voorbehoudsverkoper ten opzichte van een bank wordt wel gerechtvaardigd aan de hand van het *Surrogationsprinzip*, dat wil zeggen dat de vordering uit de verkoop van de voorbehouden zaak wordt geacht voor de zaak in de plaats te treden. Bovendien wordt de voorbehoudsverkoper geacht dicht bij de gecedeerde vordering te staan dan de *Globalzessionar* (*Näherprinzip*). Wilhelm wijst er evenwel op dat er onvoldoende grond is om van de prioriteitsregel af te wijken.⁹² Banken hebben immers net zo goed een legitiem belang bij de zekerheidsstelling door middel van cessie van toekomstige vorderingen. Daarnaast merken Baur en Stürner op dat de wetgever ervoor heeft gekozen om de prioriteitsregel de verhouding tussen verzekerde schuldeisers te laten beheersen, waarmee de voorkeur is gegeven aan een oplossing die tot eenvoudige en uitvoerbare resultaten leidt. Aangezien ook cessionarissen en voorbehoudsverkopers tot deze groep moeten worden gerekend, achten zij het billijk om ook hun rechten aan de prioriteitsregel te onderwerpen.⁹³ Op de door het BGH gemaakte uitzondering op de toepassing van de prioriteitsregel ten nadele van de *Globalzessionar* wordt aldus in de literatuur de nodige kritiek geleverd.

5.3 VERBINTENISSENRECHT

5.3.1 Geen rang tussen obligatoire rechten

De strikte scheiding tussen het zakenrecht en het verbintenissenrecht die de wetgever aan het privaatrecht ten grondslag legde, brengt mee dat voor de toepassing van goederenrechtelijke uitgangspunten – waaronder de prior-temporereg – geen ruimte is in het verbintenissenrecht:

‘Darf der Schuldner, der durch nach einander abgeschlossene Verträge die Verbindlichkeit übernommen hat, denselben Gegenstand verschiedenen Personen zu übertragen, keinem der Forderungsberechtigten gegenüber sich darauf berufen, dass er aus einem ältere oder jüngeren Verträge Anderen verpflichtet sei, [...]’⁹⁴

Ten aanzien van meerdere met elkaar colliderende verbintenisrechtelijke aanspraken bestaat geen rangorde.⁹⁵ Het BGB hecht geen belang aan de anciënniteit van de vorderingen.⁹⁶ Pas als een schuldeiser de *Einzelzwangsvollstreckung* inzet door tot beslaglegging over te gaan verkrijgt hij een ver-

⁹² Wilhelm 2016, p. 1109.

⁹³ Baur-Stürner 2009, p. 855.

⁹⁴ Mugdan I, p. 506.

⁹⁵ Dat meerdere vorderingsrechten tot een werkelijke collisie leiden, wordt volgens de wetgevingsgeschiedenis uitgesloten door ‘*das Wesen der obligatorischen Willensherrschaft*’. Niet het vorderingsrecht, maar het belang dat de schuldeisers heeft bij de voldoening van zijn vordering kan in conflict raken. Zie Mugdan I, p. 506.

⁹⁶ De wetgever van het BGB wijkt hier bewust af van zowel oudere Duitse ontwerpen zoals het Sächsisches BGB, het Dresdner Entwurf en het Bayerischer Entwurf als van het Romeinse recht, zie Mugdan I, p. 506.

sterkte positie ten opzichte van zijn concurrenten. Het uitgangspunt van de wetgever ten aanzien van een verbintenisrechtelijke aanspraak is dat de positie van de schuldeiser afhankelijk is van het te gelde maken van zijn aanspraak.⁹⁷ Schuldeisers staan in geen enkele rechtsbetrekking tot elkaar en hoeven dan ook geen rekening met elkaar te houden. Pas als wordt overgegaan tot beslaglegging kan van een verhouding tot andere schuldeisers worden gesproken.

In het vergelijkbare geval van een dubbele verkoop komt evenmin aan de koper met een ouder leveringsrecht een sterker recht toe dan aan de koper die nadien dezelfde koop is aangegaan. Een koper van een registergoed kan evenwel door actie te ondernemen zijn recht veiligstellen en daarmee zijn concurrenten uitsluiten. De *Vormerkung* biedt hem de mogelijkheid om de verkrijging van het goed te waarborgen. De overdracht aan een ander nadat een *Vormerkung* is ingeschreven is immers jegens de eerst gerechtigde *unwirksam*.⁹⁸ Meerdere *Vormerkungen* verhouden zich ingevolge § 879 BGB tot elkaar naar het moment van registratie.⁹⁹

5.3.2 Verzakelijke obligatoire rechten¹⁰⁰

Met het versterken van een verbintenisrechtelijke aanspraak – ofwel door aan de executerende schuldeiser een pandrecht toe te kennen, dan wel door de *Vormerkung* mogelijk te maken – verkrijgt een obligatoir recht een zekere goederenrechtelijke werking.

Hoewel de wetgever zich realiseerde dat de *Vormerkung* slecht past in het systeem, werd de invoering van deze uit het ALR afkomstige rechtsfiguur noodzakelijk geacht ter bescherming van het recht van de koper op levering van een onroerende zaak.¹⁰¹ Het gevaar bestaat namelijk dat de verkoper van een onroerende zaak in de tijd tussen de koop en de registratie in het *Grundbuch* – pas na registratie gaat immers de eigendom over de op de koper – dezelfde zaak aan een ander overdraagt. De oorspronkelijke koper heeft dan slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak op de verkoper. Het goederenrechtelijke gevolg van de eigendomsverkrijging door een latere

97 Mugdan I, p. 506.

98 § 883 lid 2 BGB. De *Vormerkung* beschermt niet alleen tegen latere vervreemdingen, maar ook tegen bezwaringen. Zie over het rechtsgevolg van de Nederlandse *Vormerkung* hierna par. 9.3.2.

99 Zie § 883 lid 3 BGB. De positie van de koper ten behoeve van wie een tweede *Vormerkung* is ingeschreven strookt met die van een schuldeiser met een tweede *Pfändungs-pfandrecht*. Ze sluiten weliswaar de overige concurrenten uit, maar staan op grond van de prioriteitsregel achter bij de koper met een oudere *Vormerkung* c.q. de eerder executerende schuldeiser.

100 Met deze paragraaf wordt geen uitputtende behandeling van ‘verdinglichte’ obligatoire rechten nagestreefd. Zie hierover nader Canaris 1978, p. 381-425.

101 Mugdan III, p. 565. De tweede commissie voerde de nodige theoretische gronden aan tegen de invoering van de *Vormerkung*. De meerderheid zag uiteindelijk een dringende behoefte aan de invoering van de *Vormerkung* die reeds in meerdere Duitse staten als rechtsfiguur erkend werd.

koper is onomkeerbaar. Om die reden is het mogelijk gemaakt dat de koper zijn aanspraak op de verkrijging van de zaak op grond van § 883 BGB in het *Grundbuch* doet inschrijven, waarna hij zijn recht op levering kan tegenwerpen aan latere verkrijgers of anderszins goederenrechtelijk gerechtigden.¹⁰² De *Vormerkung* neemt vanwege haar inschrijving in het *Grundbuch* conform de hoofdregel van § 879 BGB rang in naar het moment van registratie. Daarmee is het vraagstuk of de koper met de *Vormerkung* wordt beschermd tegen een overdracht aan een ander onderworpen aan de prioriteitsregel. Aangezien eigendomsverkrijging in het *Grundbuch* in een andere afdeling wordt geregistreerd (afdeling I) dan de *Vormerkung* (afdeling II), komt de rangorde tot stand aan de hand van het hierboven besproken *Tempusprinzip*.

De *Vormerkung* laat zich in het systeem van het privaatrecht niet als zuiver obligatoir noch als zuiver goederenrechtelijk recht kwalificeren. Na de *Vormerkung* verrichte beschikkingshandelingen zijn alleen *unwirksam* jegens de koper wiens recht door de *Vormerkung* wordt beschermd. De verkoper is na inschrijving van de *Vormerkung* niet beschikkingsonbevoegd geworden. Daarentegen kan de koper zijn recht op levering wel aan derden tegenwerpen.¹⁰³ In navolging van de rechtspraak wordt in de literatuur de *Vormerkung* veeleer als een recht *sui generis* aangemerkt.¹⁰⁴

Een andere rechtsfiguur waarmee toekomstige veranderingen in de goederenrechtelijke status van een goed kunnen worden veiliggesteld is het *dingliche Vorkaufsrecht*.¹⁰⁵ Deze met een optie vergelijkbare figuur moet worden ingeschreven in het *Grundbuch* en heeft ten opzichte van derden dezelfde werking als de *Vormerkung*.¹⁰⁶ Een obligatoir recht tot koop is daarmee in zijn verhouding tot goederenrechtelijke aanspraken op eigendomsverkrijging eveneens aan de toepassing van de prioriteitsregel onderhevig.¹⁰⁷

De *Vormerkung* en het *dingliche Vorkaufsrecht* worden in de literatuur geschaard onder de zogenoemde *Erwerbsrechte* (verkrijgingsrechten).¹⁰⁸ Ze mogen dan naar hun aard niet als zuiver goederenrechtelijk recht zijn te kwalificeren, ze hebben wel een wettelijke basis waardoor wordt vastgehouden aan het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten, de zogenoemde

102 Het toepassingsgebied van de *Vormerkung* is ruimer dan naar Nederlands recht. Ingevolge art. 7:3 BW kan alleen de koop worden ingeschreven in de registers. Vgl. § 883 BGB, waaruit volgt dat een *Vormerkung* kan worden ingeschreven ‘zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts’.

103 De *Vormerkung* heeft nog meer goederenrechtelijke trekken. Zo wordt zij in het insolventierecht (§ 106 InsO) als een beperkt goederenrechtelijk recht behandeld. Zie voorts § 884 BGB.

104 Zie Weber 2015, p. 185 met rechtspraakverwijzing, Baur-Stürner 2009, p. 267 en 268 en Westermann-Gursky-Eickmann 2011, p. 679 en 680.

105 Er is ook een verbintenissenrechtelijke variant, zie § 463 e.v. BGB alsmede een *Vorkaufsrecht* uit kracht van de wet.

106 Zie § 1098 lid 2 BGB.

107 Zie MünchKomm/Kohler § 879 Rn 9.

108 Zie voor een overzicht van goederenrechtelijke rechten Baur-Stürner 2009, p. 31.

numerus clausus, in Duitsland ook wel *Typenzwang* genoemd.¹⁰⁹ Toch komen daarnaast in het BGB nog enkele obligatoire rechten voor die goederenrechtelijke eigenschappen vertonen.¹¹⁰ Bij wijze van voorbeeld kan de positie van de huurder worden genoemd.¹¹¹ Het adagium ‘koop breekt geen huur’ dat ook naar Duits recht geldt, kent aan de huurder niet alleen een recht ten opzichte van de verhuurder toe, maar ook ten opzichte van opvolgende eigenaren van de zaak.¹¹² De vraag of hij aanspraak kan blijven maken op het huurgenot wordt beantwoord aan de hand van de prioriteitsregel. Als het recht van de huurder eerder is ontstaan dan het eigendomsrecht van de eigenaar van de zaak, mag hij in beginsel zijn rechten blijven uitoefenen.

5.4 SLOTSOM

Bij de invoering van het Duitse BGB in 1900 heeft de prioriteitsregel de plaats gekregen van een rechtsbeginsel dat van toepassing is op de verhouding tussen goederenrechtelijke rechten. De codificatie ervan werd overbodig geacht omdat uit de rechtslogica voortvloeit dat een goederenrechtelijk gerechtigde niet door later gevestigde rechten kan worden gehinderd. Uit de *nemo-plus*regel volgt immers dat de eigenaar slechts onder de eerbiediging van de reeds gevestigde goederenrechtelijke rechten over zijn zaak kan beschikken.

Ten aanzien van registergoederen voorziet § 879 BGB in een uitwerking van de prioriteitsregel. De onderlinge rangorde wordt bepaald door volgorde van registratie (*Lokusprinzip*).

Ook rechten op roerende zaken en vorderingen vallen onder de toepassing van de prioriteitsregel. Niet alleen verhouden pandrechten zich tot elkaar naar hun ontstaansmoment, de prior-temporeregel wordt eveneens toegepast op de atypische zekerheidsrechten op vorderingen, te weten het verlengde eigendomsvoorbehoud en de fiduciaire overdracht. De onverkorte toepassing van de prioriteitsregel in het conflict tussen de bank als *Globalzessionar* en de voorbehoudsverkoper als cessionaris van dezelfde toekomstige vorderingen, is door de rechtspraak enigszins verzacht. Ten gunste van de voorbehoudsverkoper wordt onder omstandigheden de doorgaans oudere *Globalzession* aan de bank strijdig met de goede zeden geacht. De vorderingen worden in dat geval in afwijking op de prioriteitsregel aan de voorbehoudsverkoper gecedeerd.

109 Zie Baur-Stürner 2009, p. 3

110 Het voert te ver om alle rechten te verkennen omdat ze behalve in het BGB – ik wijs nog op §746 BGB – ook in speciale wetten voorkomen. Daarnaast vormen deze rechten geen principiële afwijking van het systeem, maar komen voort uit de gedachte om bepaalde rechtsbetrekkingen te beschermen of te versterken. Zie in dit kader Canaris 1978, p. 392-426.

111 Zie voor het goederenrechtelijke karakter van de positie van de huurder Baur-Stürner 2009, p. 393-399.

112 Zie § 566 BGB: ‘Kauf bricht nicht Miete.’ Vgl. art. 7:226 BW.

Ten aanzien van schuldeisers met een obligatoire aanspraak wordt geen rangorde aangenomen. Iedere schuldeiser heeft de vrijheid om zijn vordering op het vermogen van de schuldenaar te verhalen en hoeft daarbij geen rekening te houden met zijn concurrenten. Zodra een schuldeiser executoriaal beslag heeft gelegd verkrijgt hij van rechtswege een *Pfändungspfandrecht* op het beslagen goed. Hiermee verwerft hij een versterkte positie ten opzichte van zowel overige concurrente schuldeisers (*Präventionsprinzip*) als verzekerde schuldeisers met een jonger recht (*Prioritätsprinzip*). De beginselgelijkheid van schuldeisers in die zin dat noch het moment waarop de vordering is ontstaan noch het moment waarop de schuldeiser beslag heeft gelegd voorrang geeft, is het Duitse recht vreemd. Pas als de schuldenaar failliet is verklaard worden schuldeisers, afgezien van degenen met een *Aussonderungsrecht* of *Absonderungsrecht*,¹¹³ gelijk behandeld en naar rato van hun vordering voldaan.

De Duitse wetgever heeft als toepassingsgebied van de prioriteitsregel alleen het *Sachenrecht* voorzien. Toch is door de verzakelijking van enkele obligatoire rechten de toepassing van de prioriteitsregel ook terug te vinden in het verbintenissenrecht. Zo zijn de *Vormerkung* en het dingliche *Vorkaufsrecht* die overigens noch als zuiver verbintenis- noch als zuiver goederenrechtelijk recht kunnen worden gekwalificeerd, aan inschrijving in het *Grundbuch* en daarmee ook aan de werking van de prioriteitsregel onderworpen. Daarnaast kunnen bij uitzondering ook rechten met slechts enkele goederenrechtelijke kenmerken, zoals het recht van de huurder, invloed van de prioriteitsregel ondervinden.

113 Dit zijn de goederenrechtelijk gerechtigden. Zie voor beide begrippen hierboven p. 83.

6 | Frans recht

6.1 INLEIDING

In de periode voor de revolutie was het recht in Frankrijk versplinterd in een verscheidenheid van lokaal gewoonterecht. In de zuidelijke gebieden was het Romeinse recht uit kracht van de gewoonte, zij het als subsidiair recht, blijven voortleven. Deze gewoonte was – uiteraard – opgetekend in het Corpus Iuris en daarom werden deze gebieden de ‘pays de droit écrit’ genoemd. In scherp contrast met deze gebieden van ‘geschreven recht’ stonden de noordelijke streken die hun Romeinsrechtelijke karakter geheel hadden verloren. In deze districten gold uitsluitend inheems gewoonterecht en deze werden daarom uitgedrukt als ‘pays de droit coutumier’.¹ Toch was overal in Frankrijk de gewoonte de belangrijkste rechtsbron.² Indien de lokale gewoonten geen oplossing boden voor een rechtsvraag, ging men te rade bij costumen van aangrenzende gebieden. De geleidelijke publicatie van de verschillende costumen – in het bijzonder die van Parijs in 1510 – heeft eraan bijgedragen dat niet het Romeinse recht, maar de Coutume de Paris de primaire subsidiaire rechtsbron werd.³ Voor het Romeinse recht bleef nog slechts de plaats van post-subsidiaire rechtsbron over.

Hoewel de Franse koningen in de zeventiende en het begin achttiende eeuw enkele pogingen hebben gedaan om rechtseenheid tot stand te brengen – slechts op bepaalde rechtsgebieden hadden de ordonnances eenheid geschapen – heeft pas de revolutie deze codificatieontwikkeling versterkt. Tijdens het zogenoemde ‘droit intermédiaire’ (1789-1804) is van de hand van Jean Jacques Régis de Cambacérès drie maal een ontwerp voor een Code civil verschenen, dat evenwel steeds door de ontwikkelingen werd achterhaald.⁴ De werkzaamheden van de wetgevingscommissie die in 1800 door

1 Zie Planiol/Ripert & Boulanger I, nr. 39-46 en Baudry-Lacantinerie I, nr. 10-13.

2 Volledigheidshalve dient te worden opgemerkt dat tevens aan koninklijke ordonnances die aan het gehele rijk gemeenschappelijk waren, een belangrijke rechtsbron toekwam.

3 Men moet zich realiseren dat in costumen dikwijls veel privaatrechtelijke vraagstukken ongeregeld bleven omdat het Corpus Iuris daarin reeds voorzag. De invloed van het Romeinse recht is dan ook groter geweest dan men op basis van zijn positie als post-subsidiaire rechtsbron zou verwachten.

4 Zie Lokin & Zwolfe 2014, p. 234-238.

Napoleon Bonaparte werd ingesteld hebben uiteindelijk geleid tot de Code civil die in 1804 als exclusieve eenheidscodificatie in werking trad.⁵

De grote invloed die de Code civil op het Nederlands Burgerlijk Wetboek van 1838 alsmede op vele andere wetboeken heeft gehad vormt de aanleiding voor de bestudering van Frans recht.⁶ Toch zijn niet alleen de grote overeenkomsten, maar in het bijzonder ook de verschillen voor een rechtsvergelijking interessant. Zo wijkt het Nederlandse BW van 1838 op een aantal fundamentele punten af van de Code civil.⁷ Enkele van deze verschillen die slechts in het licht van de grondslagen van de Code civil kunnen worden begrepen hebben, naar hieronder duidelijk zal worden, gevolgen voor de toepassing van de prioriteitsregel. Daarnaast zijn ook enkele recente ontwikkelingen, te weten met name de herziening van het zekerhedenrecht in 2006, voor deze rechtsvergelijking relevant.

De wetgevingsc commissie waarin Jean Etienne-Marie Portalis mede vanwege het door hem geschreven voorwoord (*Discours préliminaire*) voorafgaand aan het wetsontwerp uitkomt als belangrijkste redacteur, greep terug op het prerevolutionaire recht. In de *Discours préliminaire* beschrijft Portalis dat ‘een schikking tussen het geschreven (Romeinse) recht en het costumiere recht’ de grondslag vormt van de Code civil.⁸ Daarnaast draagt de Code ook duidelijk sporen van natuurrechtelijke opvattingen waarin de revolutie haar inspiratie had gevonden. Als voorbeeld kan het leerstuk van de eigendomsverkrijging worden genoemd. In afwijking van zowel het Romeinse recht als de meeste costumen gaat door het aangaan van de verbintenis met de strekking eigendom te doen overgaan, de eigendom van rechtswege over.⁹ De eigendomsoverdracht ‘*par l’effet des obligations*’ is voortgekomen uit een van de beginselen van de revolutie, te weten de contractsvrijheid.

De Code civil trekt een minder scherpe scheidslijn tussen het goederen- en verbintenissenrecht en is dan ook op andere wijze samengesteld dan wetboeken die op het Romeinsrechtelijke stelsel van overdracht leunen.¹⁰ In het Franse wetboek is het gehele verbintenissenrecht ondergebracht in het derde

5 De codificatie werd in 1804 ingevoerd als *Code civil des Français*, maar werd in 1807 vanwege de gebiedsuitbreiding van het keizerrijk hernoemd tot Code Napoleon. Na de val van Napoleon kreeg het zijn oorspronkelijke benaming terug.

6 Over de invloed van het Franse op het Nederlandse wetboek wordt wel opgemerkt dat het BW van 1838 op de leest van de Code civil is geschoeid. Zie Lokin & Zwalve 2014, p. 369 en Asser-Scholten (Algemeen deel) 1974, p. 169. Zie voor een overzicht van de verspreiding van de Code civil buiten Frankrijk Lokin & Zwalve 2014, p. 261 en 262.

7 Zie als voorbeeld Asser 1838, p. 261-262. Naar Frans recht dient de verbintenis zelf als wijze van eigendomsoverdracht en niet – zoals naar Romeins recht geldt – de levering die geschiedt ter uitvoering van die verbintenis. Het Nederlandse BW van 1838 is teruggekeerd tot de beginselen van het Romeinse recht.

8 Zie Locré I, p. 271.

9 Zie hierna in par. 6.3.1 uitgebreid.

10 Zwalve merkt op dat de eigendomsoverdracht *par l’effet des obligations* de grens tussen zakenrecht en verbintenissenrecht vertroebelt. Zie Zwalve 2006, p. 138.

boek dat de titel draagt ‘*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*’.¹¹ Toch houdt het Franse recht wel vast aan de gemeenrechtelijke scheiding tussen zakelijke en persoonlijke rechten.¹² Bovendien kent men in Frankrijk een gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten.¹³ Om die reden alsmede voor de uniformiteit van het onderzoek wordt in dit hoofdstuk het goederenrecht apart van het verbintenissenrecht besproken. Het rechtsgebied dat van oudsher het toepassingsgebied van de prioriteitsregel vormt, te weten het zekerhedenrecht op onroerende zaken, komt eerst aan bod. Daarna worden andere goederenrechtelijke rechten op zowel onroerende als roerende zaken besproken waarbij in het bijzonder aandacht toekomt aan het stelsel van registratie en publicatie. Aangezien het leerstuk van een dubbele verkoop naar Frans recht vanwege de translatieve werking van de overeenkomst in tegenstelling tot het Nederlandse recht geen verbintenissenrechtelijke kwestie is, komt dit – om het leerstuk vanuit rechtsvergelijkend oogpunt op passende wijze te bespreken – in een aparte paragraaf (6.3) aan bod. De daaropvolgende paragraaf handelt over de mogelijke toepassing van de prioriteitsgedachte in het verbintenissenrecht.

6.2 GOEDERENRECHT

6.2.1 Zekerheidsrechten op onroerend goed

In het zekerhedenrecht komt in het bijzonder de gewoonterechtelijke invloed op de Code civil naar voren. Naast de Romeinsrechtelijke hypotheeken die ten tijde van het *ancien droit* in de *pays de droit écrit* in gebruik waren, zijn namelijk ook zekerheidsrechten van costumiere origine gecodificeerd.¹⁴ Deze zekerheidsrechten uit de *pays de droit coutumier* werden *nantissements* genoemd en werden afhankelijk van de zaak waarop zij betrekking hadden – te weten roerend of onroerend – onderverdeeld in respectievelijk *gages* en *antichrèses*.¹⁵

11 Boek 3 van het burgerlijk wetboek van België, waar men tot op de dag van vandaag met uitzondering van met name het zekerhedenrecht vasthoudt aan de wettekst van de Code civil, is getiteld ‘op welke wijze eigendom verkregen wordt’.

12 Zie Ginossar 1960, p.121-133 voor een vergelijking tussen *droits réels* en *droits personnels* en Terré & Simler 2014, nr. 47 en 48.

13 Het Hof van Cassatie heeft in 2012 een eind gemaakt aan een oude controverse over het al dan niet bestaan van een *numerus clausus*. Zie Cass. civ. 3^e, 31 oktober 2012 (Maison de la Poésie), *Bull. civ. III*, nr. 159. Overigens had het hof deze discussie in 1834 zelf aangewakkerd door in het arrest Caquelard te overwegen dat noch de Code civil noch een andere wet zich verzet tegen het creëren van een zakelijk recht dat de wet niet kent. Zie req. 13 februari 1834, S. 1834,1, p. 205.

14 Zie Pothier, nr. 209.

15 Zie art. 2333 Cc. Deze onderverdeling in *gage* en *antichrèse* – zie art. 2072 (oud) Cc – is bij ordonnantie nr. 2006-346 van 23 maart 2006 vervallen. Thans is de term ‘nantissement’ voorbehouden aan zekerheidsrechten ten aanzien van onlichamelijke zaken. Hierover nader hieronder op p. 105.

Aangezien de wetgever van 1804 voor de vestiging van een *nantissement* vereiste dat de bezwaarde zaak uit de macht van de schuldenaar werd gebracht, kon een zaak niet meerdere malen worden verpand.¹⁶ Hiermee verschilde de *nantissement* van het hypotheekrecht dat wel kon worden gevestigd zonder machtsverschaffing.¹⁷ Vanwege het risico van opvolgende bezwaring dat ontstaat indien een bezwaard goed in de macht van de schuldenaar blijft, gaat in het hiernavolgende de meeste aandacht uit naar het recht van hypotheek. Eerst indien meerdere zekerheidsnemers een recht op dezelfde zaak hebben gevestigd ontstaat immers een conflict waarin de prioriteitsregel in een oplossing kan voorzien.¹⁸

Het toepassingsbereik van de hypotheek was al onder het *ancien droit* beperkt tot onroerende zaken. Art. 170 van de Coutume de Paris bepaalde dat '*meubles n'ont pas de suite par hypothèque*'.¹⁹ Hoewel de redactie van deze bepaling doet vermoeden dat een hypotheek op roerende zaken slechts werd beroofd van haar zaaksgevolg, werd dit artikel al onder het *droit commun français* uitgelegd als een verbod op een hypotheek op roerende zaken.²⁰ Deze uitleg wordt ook verbonden aan het huidige art. 2398 Cc dat woordelijk overeenkomt met de bepaling van de Coutume de Paris.²¹ Het Franse recht kent dus slechts één zekerheidsrecht op roerende zaken (*gage*) en twee zekerheidsrechten op onroerende zaken, te weten hypotheek en *anichrèse*, ook wel *gage immobilier* genoemd.

In Frankrijk was onder het *droit commun français* de rechtspraktijk ontstaan dat vrijwel iedere schuldeiser een hypotheek had op alle bestaande en toekomstige onroerende goederen van de schuldenaar.²² Ongeacht de hoogte van schuld werd een beding van generale hypotheek in de notariële akte van

16 Zie Locré XVI, p. 23. Het pandrecht was ingevolge art. 2076 (oud) Cc nietig indien de zaak niet in de macht van de schuldeiser of een door partijen overeengekomen derde is gebracht. Zie Baudry-Lacantinerie & De Loynes I, nr. 68 en 69, Aubry & Rau VI, § 432 en Planiol & Ripert/Becqué XII, nr. 86. Zie voor de uitzonderingen die de wetgever vanaf het einde van de negentiende eeuw ten behoeve van bepaalde sectoren heeft gemaakt in de vorm van de verpanding van zakenrechtelijke papieren (*warrants*) die roerende zaken vertegenwoordigen Baudry-Lacantinerie & De Loynes I, nr. 160-163 en Planiol & Ripert/Becqué XII, nr. 256-272 ter.

17 Zie Locré XVI, p. 24. Sinds de ingrijpende herziening van het zekerhedenrecht in 2006 kan ook een pandrecht zonder machtsverschaffing worden gevestigd. De gevolgen van de wetswijziging worden behandeld in par. 6.2.3.

18 Overigens kunnen er wel conflicten ontstaan indien de zekerheidsnemer die de bezwaarde zaak onder zich heeft, deze onbevoegdlijk aan een derde overdraagt. De kern van deze problematiek komt in par. 6.3.2.2 aan bod.

19 De coutumes de Paris zijn te raadplegen in *Nouveau coutumier general, ou corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces connues sous le nom des Gaules*, Parijs: Chez Michel Brunet 1724, p. 43.

20 Zie Loyseau, nr. 3,1,12. Anders Pothier, nr. 36, die het gelijkkluidende artikel 447 Coutume d'Orléans aldus uitlegt dat een hypotheek op roerende zaken slechts bestaat zolang de hypotheekhouder de bezwaarde zaken in bezit heeft.

21 Zie Planiol & Ripert/Becqué XII, nr. 4 en Aubry & Rau III, § 259. Voor 2006 was deze bepaling ondergebracht in art. 2119 Cc.

22 Zie Basnage, p. 309 die spreekt van een 'clause de style' (een standaardvoorwaarde).

vestiging opgenomen.²³ Hoewel deze hypotheeken volledig zaaksgevolg hadden, werden ze niet geregistreerd in een openbaar register. Dit werd als zeer bezwaarlijk ervaren omdat zowel derdeverkrijgers van een onroerende zaak als opvolgende hypotheekhouders op de zaak een groot risico liepen om geconfronteerd te worden met zekerheidsrechten die hen onbekend waren.²⁴

Reeds tijdens het *droit intermédiaire* heeft de wetgever – op dat moment het Directoire²⁵ – de hypotheekwet van 11 Brumaire van het jaar VII (1 november 1798) uitgevaardigd. Deze wet heeft getracht het euvel van de onbekendheid met zekerheidsrechten te verhelpen door de beginselen van specialiteit en publiciteit door te voeren.²⁶ Alle hypotheeken werden aan inschrijving onderworpen, waardoor derdeverkrijgers vóór de verkrijging door raadpleging van de openbare registers zich ervan konden vergewissen dat er geen zekerheidsrechten op de zaak rustten.²⁷ Tevens diende krachtens art. 3 bij de registratie van een conventionele hypotheek ‘la nature et la situation des immeubles hypothéqués’ nauwkeurig te worden omschreven. Het hierin naar voren komende beginsel van specialiteit werd ook toegepast ten aanzien van de wettelijke hypotheeken van een gehuwde vrouw en een pupil. Deze hypotheeken dienden evenzeer te worden geregistreerd en hadden eerst vanaf het moment van inschrijving derdenwerking.²⁸

De strikte doorvoering van de publiciteit en de afschaffing van de generale hypotheeken werden opvallend genoeg niet gevolgd door de samenstellers van de Code civil. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat er verdeeldheid bestond omtrent de wenselijkheid van publiciteit voor hypotheeken.²⁹

23 Een hypotheek kwam eerst tot stand bij de akte die was voorzien van ‘het zegel van het publieke gezag’ (*sceau de l’autorité publique*). Zie Pothier, nr. 10 en Bourjon, Livre VI, titre VI, chap. I, nr. I.

24 Overigens was in het uiterste noorden, in de zogenoemde ‘pays de nantissement’, de publiciteit wel geleidelijk tot ontwikkeling gekomen. Daar vond de hypotheekvestiging evenals de eigendomsoverdracht plaats voor het gerecht, waarna het zekerheidsrecht bovendien werd geregistreerd in de voor de eigendomsoverdracht bestemde registers. Zie Herman, diss. 1914, p. 35 en Planiol & Ripert/Becqué XII, nr. 694.

25 Ten behoeve van het historisch besef zij opgemerkt dat in september 1792 de Conventie was aangetreden die de republikeinse kalender had ingevoerd waarmee 22 september de eerste dag van het jaar I werd. De Conventie werd in 1795 ontbonden en vervangen door het Directoire, een vijfkampig bestuur, dat het land zou besturen totdat de staatsgreep van Napoleon op de 18^e Brumaire van het jaar VIII (9 november 1799) de staatsvorm zou veranderen in een consulaat.

26 Al onder de Conventie was een ontwerp voor een nieuwe hypotheekwet gereed. Deze ‘Code Hypothécaire’ van 9 Messidor van het jaar III die voor de geldigheid van iedere hypotheek registratie vereiste, is nooit ingevoerd.

27 Zie art. 2 van de Loi sur le régime hypothécaire, opgenomen in: *Bulletin des lois de la république française, septième partie, 1^{er} semestre de l’an VII*, bullet. 237, nr. 2137.

28 Zie art. 4, derde lid, Loi sur le régime hypothécaire. Ook de hypotheek ten titel van vonnis werd gehandhaafd doch was eveneens gebonden aan de eisen van specialiteit en publiciteit.

29 Zie het pleidooi van Bigot de Préameneu tegen de inschrijving van hypotheeken tegenover de opvattingen van Treilhard en Real die de lijn van het *droit intermédiaire* volgden. Zie Locré XVI, p. 124 en 125 respectievelijk Locré XVI, p. 159 en 192-193.

Zo wordt het feit dat het kredietverkeer gebaat is bij eenvoudige, vormvrije hypotheekvestiging als argument tegen de invoering van publiciteit genoemd.³⁰ Het strookt bovendien met het beginsel van de contractsvrijheid dat een hypotheek zonder nadere formaliteiten tot stand komt.

Het systeem van de Code civil hield uiteindelijk slechts gedeeltelijk vast aan de wet van 11 Brumaire van het jaar VII. De inschrijving diende uitdrukkelijk het soort en de ligging van de verhypothekerde zaken te vermelden – zij moest derhalve speciaal zijn – doch de registratie werd alleen voor conventionele hypotheeken verplicht gesteld in het kader van de derdenwerking. De wettelijke hypotheek van de gehuwde vrouw op het vermogen van haar echtgenoot en die van de pupil op het vermogen van zijn voogd waren uitgezonderd van registratie en daarmee tevens van specialiteit.³¹ De wetgever meende dat het registratievereiste gelet op de zwakke positie waarin getrouwde vrouwen en pupillen ten opzichte van hun hypotheekgever verkeren, de bescherming illusoir maakte die de wettelijke hypotheek beoogt te bieden.³² Deze hypotheeken die uit kracht van de wet ontstonden, hadden daarmee werking jegens derden zonder dat daarvoor registratie noodzakelijk was.

Zodoende greep de wetgever van 1804 met het behoud van generale hypotheeken gedeeltelijk terug op het *ancien droit*. Het probleem van de onkenbare hypotheeken voor derdeverkrijgers keerde daarmee terug.³³ Het vaststellen van de rang van zekerheidsnemers in verhouding tot legale hypotheekhouders werd onder het regime van de Code civil sterk bemoeilijkt. Ten aanzien van schuldeisers met een bedongen hypotheek gold dat zij hun recht dienden te registreren voordat het jegens derden werkte. De hypotheek kwam weliswaar tussen de hypotheekgever en de hypotheeknemer reeds bij de akte tot stand,³⁴ hij nam op grond van art. 2134 (oud) Cc (thans

30 Zie Locré XVI, p. 139.

31 Zie art. 2135 (oud) Cc. Thans is in art. 2400 Cc een opsomming van de legale hypotheeken opgenomen. De hypotheek van de gehuwde vrouw is in 1985 vervangen door de wederzijdse hypotheek tussen echtgenoten. Zie Simler & Delebecque 2016, nr. 458. Deze komt in de praktijk weinig voor omdat de inschrijving is onderworpen aan rechterlijke tussenkomst. Zie Aynès & Crocq 2017, nr. 708. Sinds 1964 kan iedere minderjarige op de voet van het huidige art. 2409 Cc een hypotheek op de onroerende zaken van zijn verzorgers doen inschrijven.

32 Zie Planiol & Ripert/Becqué XIII, nr. 771. Bovendien meenden de redacteurs van de Code destijds dat het huwelijk en het voogdschap feiten van algemene bekendheid waren, hetgeen de vrijstelling van publicatie ten nadele van de schuldeisers met een bedongen hypotheek minder bezwaarlijk maakte.

33 Daar kwam nog bij dat – eveneens in tegenstelling tot de wet van 11 Brumaire van het jaar VII – ook voor de eigendomsoverdracht van onroerende zaken geen registratie werd vereist. De wetgever meende dat de registratie niet verenigbaar was met het beginsel van eigendomsoverdracht uit kracht van verbintenissen. Zie Planiol & Ripert/Picard III, nr. 627. Daardoor ontstond het gevaar voor de hypotheekhouder om te worden geconfronteerd met een heimelijke vervreemding van de bezwaarde zaak.

34 De hypotheekvestiging is een van de weinige rechtshandelingen die aan een vormvoorschrift zijn gebonden, in dit geval een authentieke akte. Zie art. 2129 (oud, thans 2418) Cc en Simler & Delebecque 2016, nr. 405.

2425 Cc) eerst rang in vanaf de dag van de inschrijving in de registers.³⁵ Meerdere conventionele hypotheekhouders namen aldus geheel volgens de prior-temporeregel rang in naar de volgorde van inschrijving.³⁶

De legale hypotheeken waren voor de verstrekkers van krediet bijzonder bezwarend omdat deze hypotheeken niet waren te achterhalen door raadpleging van de registers doch niettemin een hogere rang konden innen.³⁷ Aangezien het kredietverkeer in de negentiende eeuw als gevolg van de industriële revolutie juist een grote ontwikkeling doormaakte, was de wetgever genoopt in te grijpen.³⁸ Bij wet van 23 maart 1855 werd het registratiegebrek hersteld.³⁹ Niet alleen dienden legale hypotheeken voortaan te worden ingeschreven, ook voor de eigendomsoverdracht van onroerende zaken werd registratie voorgeschreven.⁴⁰ Hiermee werden hypotheekhouders beschermd tegen het gevaar van een heimelijke overdracht en het bestaan van zekerheidsrechten die de onroerende zaak reeds bezwaarden. Hoewel legale hypotheeken ter verkrijging van derdenwerking evenzeer aan inschrijving werden onderworpen, bleef deze categorie de publiciteit frustreren doordat de inschrijving met terugwerkende kracht kon geschieden.⁴¹ Legale hypotheeken namen na registratie geen rang naar de dag van inschrijving, maar naar de dag waarop zij waren ontstaan, te weten de dag van de voltrekking van het huwelijk respectievelijk de dag van het aanvaarden van de voogdij. Pas een eeuw later, bij decreet van 4 januari 1955, heeft de wetgever de betrouwbaarheid van het register gegarandeerd.⁴² Alle hypotheeken werden voor hun derdenwerking afhankelijk gesteld van registratie en ook legale hypotheeken namen net als conventionele hypotheeken pas rang in vanaf de dag van inschrijving. Deze strenge doorvoering van de publiciteit leidde tevens tot de praktische invoering van het specialiteitsbeginsel.

35 Deze afwijking van het Romeinse recht is een logisch gevolg van het stelsel van registratie en publicatie dat onder het Romeinse recht ontbrak en om die reden aansloot bij het moment van vestiging. Aangezien de registratie geen constitutief vereiste is, loopt de hypotheeknemer in de periode tussen de vestiging en de registratie het risico dat een ander zekerheidsrecht eerder wordt ingeschreven dat hij dientengevolge tegen zich moet laten gelden.

36 Zie Baudry-Lacantinerie & De Loynes II, nr. 1428, Aubry & Rau III, § 291 en Planiol & Ripert/Becqué XIII, nr. 988. De gerechtelijke hypotheeken kunnen hier onbesproken blijven omdat deze op dezelfde wijze rang nemen als conventionele hypotheeken.

37 Zie Baudry-Lacantinerie & De Loynes II, nr. 1499 en Planiol & Ripert/Becqué XIII, nr. 780.

38 Zie Piedelièvre 2000, nr. 18.

39 De wet draagt de titel 'Loi sur la transcription en matière hypothécaire'. In België was men al in 1851 met de uitvaardiging van de hypotheekwet afgestapt van de regeling van de Code civil.

40 Planiol & Ripert/Picard III, nr. 629, Aubry & Rau II, § 174 en Mazeaud & Chabas/Picod 1999, nr. 652.

41 Zie Baudry-Lacantinerie & De Loynes II, nr. 1474 en 1475, Planiol & Ripert/Becqué XIII, nr. 1008 en 1009 en Mazeaud & Chabas/Picod 1999, nr. 276.

42 Zie decreet nr. 55-22 van 4 januari 1955.

De generale hypotheek bleef strikt genomen bestaan, maar had pas derdenwerking nadat het zekerheidsrecht ten aanzien van ieder vermogensbestanddeel afzonderlijk – eventueel aanvullend – was geregistreerd.

Het decreet van 1955 heeft tevens voorzien in een vernieuwde regeling voor de situatie waarin meerdere hypotheeken op dezelfde dag ter registratie werden aangeboden. Tot 1955 was het moment waarop de hypotheek tot stand was gekomen niet van belang, het moment van registratie bepaalde de positie in de rangorde. Aangezien ter zake van het moment van inschrijving slechts onderscheid werd gemaakt tussen verschillende dagen, kregen twee op dezelfde dag geregistreerde hypotheeken gelijke rang.⁴³ Bij decreet van 4 januari 1955 is echter een andere regeling geïntroduceerd om de rangorde tussen twee op dezelfde dag geregistreerde hypotheeken nader te bepalen.⁴⁴ Er is niet gekozen om de volgorde van inschrijving de doorslag te laten geven,⁴⁵ de wetgever heeft voorrang toegekend aan de hypotheekhouder met de oudste akte.⁴⁶ De rangorde tussen conventionele hypotheeken kan zonder problemen worden vastgesteld omdat deze hypotheeken op straffe van nietigheid worden gevestigd bij notariële akte die van een dagtekening is voorzien. Indien ook de aktes dezelfde dagtekening hebben, nemen de hypotheeken gelijke rang in. De positie van een hypotheek die ontstaat uit kracht van de wet kan uiteraard niet aan een daaraan voorafgaande akte worden ontleend. Deze hypotheek ontleent zijn rang aan art. 2425, derde alinea Cc en wordt begunstigd boven de conventionele hypotheeken.⁴⁷

Teneinde een volledig beeld van het Franse zekerhedenrecht te krijgen, zij tot slot van deze paragraaf opgemerkt dat door de Code civil op grond van art. 2323 Cc naast hypotheeken ook voorrechten (*privilèges*) als een wettige reden van voorrang ten behoeve van bepaalde schuldeisers worden beschouwd.⁴⁸ Deze voorrechten, die op zowel roerende als onroerende zaken (art. 2328 Cc) betrekking kunnen hebben en zowel speciaal als algemeen kunnen zijn, vloeien voort uit de wet en zijn tevens voorzien van een wettelijke rangorderegeling.⁴⁹ Aangezien de prioriteitsregel geen rol speelt

43 Zie art. 2147 (oud) Cc. Deze regeling kreeg in de literatuur de nodige kritiek te verduren. Zie Baudry-Lacantinerie & De Loynes II, nr. 1445 en Planiol & Ripert/Becqué XIII, nr. 992. Overigens is deze bepaling thans nog terug te vinden in art. 81 Belgische hypotheekwet.

44 Zie art. 31 van decreet nr. 55-22 van 4 januari 1955. Sinds de wetwijziging van 6 april 1998 is deze regel ondergebracht in de tweede alinea van het huidige art. 2425 Cc.

45 De inrichting van de registers maakte deze oplossing terdege mogelijk, aangezien ook de volgorde van inschrijving op de voet van art. 2200 (thans 2453) Cc werd bijgehouden.

46 Zie Piedelièvre 2000, nr. 432, Mazeaud & Chabas/Picod 1999, nr. 708 en Cabrillac e.a. 2015, nr. 1059.

47 Zie Piedelièvre 2000, nr. 433 en Simler & Delebecque 2016, nr. 521. Meerdere legale hypotheeken die op dezelfde dag worden geregistreerd delen hun rang.

48 De voorrechten zijn gebaseerd op het versterken van de positie van bepaalde schuldenaren. Zie over de voorrechten Simler & Delebecque 2016, nr. 427-455 en 756-849.

49 Privileges hebben op grond van art. 2324 Cc voorrang boven hypotheeken en de onderlinge verhouding wordt ten aanzien van roerende zaken in art. 2332 Cc en ten aanzien van onroerende zaken in art. 2375 en 2376 Cc vastgesteld.

bij de totstandkoming van deze rangorde, worden de voorrechten in het hiernavolgende buiten beschouwing gelaten.

6.2.2 Andere goederenrechtelijke rechten op onroerend goed

De wetswijzigingen van 1855 en 1955 hebben uiteindelijk geleid tot een systeem waarin ieder recht op een onroerende zaak geregistreerd moet worden teneinde werking jegens derden te hebben.⁵⁰ Niet alleen zekerheidsrechten, maar ook de zakelijke genots- en gebruiksrechten op onroerend goed moeten zijn geregistreerd om aan derden te kunnen worden tegengeworpen.⁵¹ Het feit dat geregistreerde rechten moeten worden gerespecteerd door derden – waaronder latere verkrijgers en beperkt gerechtigden met een conflicterend zakelijk recht – brengt mee dat verschillende zakelijk gerechtigden tot dezelfde onroerende zaak kunnen worden gerangschikt naar de volgorde van registratie. Zo komt onder de toepassing van de prior-temporeregels aan een hypotheekhouder wiens hypotheekrecht eerder is geregistreerd dan bijvoorbeeld een recht van erfdiensbaarheid een hogere rang toe.⁵²

Rechten die niet zijn ingeschreven hebben geen derdenwerking en nemen daarom ook geen plaats in de rangorde in. Zo hoeft een beperkt gerechtigde die zijn recht heeft geregistreerd geen rechten tegen zich te laten gelden die niet in de registers zijn ingeschreven, zelfs niet als deze rechten van oudere datum zijn. Het moment waarop de rechten tot stand zijn gekomen is voor de plaats in de rangorde niet relevant. De rangorde die op basis van de prioriteitsregel wordt vastgesteld richt zich op het moment van registratie. Alleen als twee rechten op dezelfde dag worden geregistreerd is op grond van art. 31 van het decreet van 4 januari 1955 overeenkomstig de tweede alinea van art. 2425 Cc de datum van de vestigingstitel doorslaggevend. Indien ook de titels dezelfde dagtekening hebben, nemen de rechten in beginsel gelijke rang in. Hypotheekrechten krijgen evenwel als uitzondering op deze regel op grond van art. 31, tweede alinea van het decreet voorrang boven de andere zakelijke rechten.

De dag van registratie geeft ook de doorslag in conflicten tussen de verkrijger van en beperkt gerechtigden tot dezelfde onroerende zaak. Indien er op het moment waarop de verkrijger zijn recht registreert andere beperk-

50 Zie Simler & Delebecque 2016, nr. 869 en Piedelièvre 2000, nr. 417. Het feit dat de eigendomsoverdracht van een roerende zaak pas na de registratie werking heeft tegen derden brengt mee dat het beginsel van verkrijging uit kracht van verbintenissen (art. 711 Cc) zijn betekenis ten aanzien van onroerende zaken en andere registergoederen heeft verloren. De eigendom is immers een absoluut recht en heeft per definitie werking jegens derden.

51 Zie art. 30 van het decreet van 4 januari 1955 dat in aanvulling op de Code civil in art. 28 bepaalt dat iedere overdracht of vestiging van een recht op een onroerende zaak dient te worden geregistreerd.

52 Zie Simler & Delebecque 2016, nr. 889 en Piedelièvre 2000, nr. 436. Dat is anders indien de rechten niet naast elkaar kunnen bestaan, bijvoorbeeld bij een dubbele verkoop. In dat geval heeft de eigendomsoverdracht slechts plaatsgehad ten opzichte van degene die het recht als eerste heeft geregistreerd.

te rechten zijn ingeschreven, volgen deze beperkte rechten de zaak na de eigendomsoverdracht. De verkrijger had immers door raadpleging van de registers deze rechten kunnen kennen.⁵³ Dat daarbij ook de subjectieve kennis van de rechtsverkrijger een rol kan spelen, blijkt uit rechtspraak van het Cour de cassation.⁵⁴ Het strookt niet met de strekking van art. 28 en 30 van het decreet van 4 januari 1955 dat een verkrijger te kwader trouw een ouder recht niet tegen zich hoeft te laten gelden vanwege het enkele feit dat registratie daarvan niet heeft plaatsgevonden. Hoewel de rangorderegeling van het decreet uitsluitend aanknoopt bij de registratie van rechten en daardoor makkelijk te hanteren is, kan als uitzondering hierop onder omstandigheden – en geheel in lijn met de prioriteitsgedachte – een ouder ongeregistreerd recht niettemin derdenwerking hebben.

De rangorde kan verschillend uitwerken voor de gerechtigde die – vanwege het latere moment van inschrijving van zijn recht – een ander recht tegen zich moet laten gelden. Indien de verschillende rechten op dezelfde onroerende zaak wat betreft hun uitoefening naast elkaar kunnen bestaan, wordt de werking van het later geregistreerde recht niet per definitie aan de gerechtigde onthouden. Zo kan de rechthebbende tot een erfdiensbaarheid van zijn recht gebruik maken ook al is de zaak blijkens de registers op een eerder tijdstip met een zekerheidsrecht bezwaard. Pas als de onroerende zaak overgaat op een nieuwe eigenaar zal een recht met een jongere registratie zijn werking jegens het sterkere recht verliezen. De nieuwe eigenaar zal immers een onbezwaard eigendomsrecht willen verkrijgen. Dat brengt mee dat in de situatie waarin de zaak is verhypothekend, de jongere rechten hun werking zullen verliezen indien de hypotheekhouder overgaat tot executie. Als gevolg van de executie gaat de zaak immers in eigendom over op de veilingkoper. Ook in conflicten tussen een verkrijger van en andere gerechtigden tot een onroerende zaak, zullen alle (nog) niet geregistreerde zakelijke rechten geen werking hebben zodra de nieuwe eigenaar zijn recht laat inschrijven.⁵⁵

6.2.3 Zekerheidsrechten op roerend goed

De Code civil stond bij haar invoering in 1804 slechts één zekerheidsrecht op roerende zaken toe, te weten *gage*. Het hypotheekrecht was gereserveerd voor onroerende zaken, met als gevolg dat alleen het zekerheidsrecht van costumiere origine – te weten *nantissement*, waarvan de toepassing op roerende zaken op de voet van het art. 2072 (oud) Cc *gage* werd genoemd – kon worden gevestigd op roerende zaken. Voor de geldige totstandkoming van een *gage* was vereist dat de in zekerheid gegeven zaak uit de macht van de

53 Zie Piedelièvre 2000, nr. 436 en Simler & Delebecque 2016, nr. 883.

54 Cass. civ. 3^e, 16 september 2009, *Bull. civ. III*, nr. 195.

55 In het geval van een dubbele verkoop is het evident dat de twee rechten niet naast elkaar kunnen bestaan. Eén van de kopers verkrijgt na de registratie met uitsluiting van de ander de eigendom. Deze problematiek wordt hierna in par. 6.3.2 nader uitgewerkt.

schuldenaar werd gebracht, de zogenoemde eis van '*dépossession*'.⁵⁶ Art. 2076 (oud) Cc bepaalde dat een pandrecht slechts geldig is voor zover het pand in het bezit is gesteld en gebleven van de schuldeiser of van een derde omtrent wie partijen zijn overeengekomen. De bezitsverschaffing door middel van *constitutum possessorium* voldeed dientengevolge niet aan het vereiste van *dépossession* en bovendien moest het bezwaarde goed op straffe van het tenietgaan van het pandrecht uit de macht van de schuldenaar blijven.⁵⁷ Tevens diende krachtens art. 2074 (oud) Cc een *gage* te worden gevestigd bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte waarin de omvang van de schuld alsmede een precieze en volledige beschrijving van de in pand gegeven zaak moest worden opgenomen.⁵⁸

Hoewel prioriteitsconflicten werden voorkomen – nadat de zaak uit de macht van de schuldenaar is gebracht kan hij immers niet opnieuw dezelfde zaak ten behoeve van een ander verpanden – was de eis van *dépossession* vanuit bedrijfseconomisch perspectief hinderlijk voor de ontwikkeling van het kredietverkeer.⁵⁹ Voor het bedrijfsleven is het niet gunstig om de feitelijke macht over bedrijfsgoederen te moeten afstaan om krediet te kunnen aantrekken en voor kredietverstrekkers is het eveneens bezwaarlijk om de in pand gegeven goederen te moeten opslaan.⁶⁰ Pas in 1898 heeft de wetgever een eerste uitzondering gecreëerd waarbij ten behoeve van de agrarische sector een stil pandrecht werd geïntroduceerd, de zogenoemde *warrant agricole*.⁶¹ De verpanding geschiedde door het opmaken een akte (*warrant*) die – in plaats van de bezwaarde zaken – aan de crediteur werd overgedragen

56 Uit de definitieomschrijving in art. 2071 (oud) Cc volgt dat *nantissement* een contract was waarbij de schuldenaar aan zijn schuldeiser een zaak afgeeft tot zekerheid van de schuld. Er kwam eerst een overeenkomst van verpanding tot stand na *dépossession*, hetgeen dus een vereiste was voor de vestiging van het pandrecht alsook voor de totstandkoming van de pandovereenkomst. Een *gage* is daarmee een reëel contract. Zie Baudry-Lacantinerie & De Loynes I, nr. 6 en 36 en Planiol & Ripert/Becqué XII, nr. 86. Het is opmerkelijk dat voor de vestiging van een pandrecht anders dan voor de eigendoms-overdracht van roerende zaken bezitsverschaffing wordt vereist.

57 Aan deze vereisten werd door de Cour de cassation strikt de hand gehouden. Zie de rechtspraakverwijzingen bij Aubry & Rau VI, § 432, voetnoot 19.

58 In 1863 is ter zake van de *gage commercial* (handelspand) als bedoeld in art. 91 Code de Commerce het vereiste van art. 2074 (oud) Cc losgelaten. Zie Baudry-Lacantinerie & De Loynes I, nr. 148 en Planiol & Ripert/Becqué XII, nr. 131.

59 Ook het gebruik van de constructie van verkoop met het recht van wederinkoop ter verzekering van de terugbetaling van een schuld werd door de rechterlijke macht de pas afgesneden. Zie Baudry-Lacantinerie & De Loynes I, nr. 88 met diverse rechtspraakverwijzingen.

60 Via de mogelijkheid die de Code civil in art. 2076 (oud) bood om zaken aan een derde af te geven, is een systeem van *warrants* tot ontwikkeling gekomen. De in pand gegeven zaak werd bij zogeheten *magasins généraux* afgegeven, waarna de verpanding kon plaatsvinden door de overhandiging van het ontvangstbewijs (*endossement*). Zie Baudry-Lacantinerie & De Loynes I, nr. 160 en 161 en Aubry & Rau VI, § 432.

61 De naam is afgeleid van het in de vorige voetnoot beschreven systeem. De boer overhandigt aan de schuldeiser een '*warrant*', een akte die de bezwaarde bedrijfsgoederen vertegenwoordigt. Zie Planiol & Ripert/Becqué XII, nr. 256.

en geregistreerd op de griffie van het kantongerecht.⁶² Met het overdragen van de akte die de zaken vertegenwoordigde werd aan het vereiste van *dépossession* voldaan.⁶³ Hierna volgden ook pandrechten met fictieve bezitsverschaffing ten behoeve van andere categorieën schuldenaren, zoals de *warrant hôtelier* (1913), de *warrant pétrolier* (1932) en de *warrant industriel* (1940).⁶⁴

De positie van een schuldeiser met een dergelijk stil pandrecht was niet anders dan die van de vuistpandhouder. Beiden hadden voorrang op concurrente crediteuren. Toch liep de houder van een *warrant* meer risico dan de vuistpandhouder. Aan het pandrecht was weliswaar het recht van zaaksgevolg verbonden, een derdeverkrijger te goeder trouw werd evenwel beschermd.⁶⁵ Indien de zaak in de macht van de schuldenaar bleef, was het mogelijk dat het zekerheidsrecht teniet ging doordat de zaak aan een derde te goeder trouw werd overgedragen.⁶⁶

Bij ordonnantie van 23 maart 2006 is het Franse zekerhedenrecht ingrijpend gewijzigd.⁶⁷ Er is een nieuw Boek IV ingevoegd dat de titel 'Des sûretés' draagt, waarin alle zekerheidsrechten, zowel persoonlijke als zakelijke, zijn ondergebracht.⁶⁸ De inhoudelijke aanpassingen treffen onder meer de regeling van het pandrecht. In de eerste plaats zij opgemerkt dat er een

62 Zie Baudry-Lacantinerie & De Loynes I, nr. 86 en Planiol & Ripert/Becqué XII, p. 307. In Planiol & Ripert/Becqué XII, nr. 256 wordt opgemerkt dat van deze *warrant agricole* maar weinig gebruik is gemaakt.

63 Hoewel de wetgever aldus de *warrants* als pandrechten heeft geïntroduceerd worden deze in de literatuur beschouwd als hypotheek op roerend goed. Gelet op het feit dat niet zozeer het onderscheid tussen roerend of onroerend – *nantissements* kunnen ook op onroerende zaken worden gevestigd – als wel de bezitsverschaffing naar Frans het onderscheid tussen pand en hypotheek kenmerkt, valt voor deze kwalificatie veel te zeggen.

64 Zie Planiol & Ripert/Becqué XII, nr. 266-272 quater.

65 Deze problematiek van artikel 2279 (oud, thans 2276) Cc komt uitgebreid aan de orde in par. 6.3.2 ter zake van botsende verbintenissen bij de verkrijging van een goed.

66 Hoewel een *warrant* voor werking tegen andere crediteuren moest worden geregistreerd bij de griffie van het kantongerecht, werd door de inschrijving de mogelijkheid van een beroep op goede trouw door een derdeverkrijger niet uitgesloten. De praktische onmogelijkheid om een goed systeem van registratie voor roerende zaken te ontwerpen ligt aan deze consequentie ten grondslag. Bovendien is het ondoenlijk om bij de verkrijging van iedere roerende zaak de registers te raadplegen. Zie Planiol & Ripert/Becqué XII, nr. 265.

67 Ordonnance relative aux sûretés, nr. 2006-346 van 23 maart 2006. Deze wijziging kon door de regering bij ordonnantie plaatsvinden omdat daartoe een machtigingswet (Wet nr. 2005-842 van 26 juli 2005) is uitgevaardigd en de ordonnantie bij wet van 20 februari 2007 (Wet nr. 2007-212) is bevestigd. Zie Simler & Delebecque 2016, nr. 5. Deze ordonnantie is voorbereid door het 'Rapport à Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice', opgesteld door de in juli 2003 door de Minister van Justitie ingestelde 'Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés', onder leiding van Michel Grimaldi.

68 Het invoegen van een nieuw boek alsmede de verschuiving van bepaalde rechtsfiguren heeft een grote vernumming tot gevolg gehad. Het oude boek IV is boek V geworden.

terminologische wijziging is doorgevoerd die overigens ook gevolgen heeft voor de inhoud van het pandrecht. *Nantissements* worden niet langer uitgesplitst in *gages* en *antichrèses* (zie art. 2072 (oud) Cc). Voortaan is een *gage* een pandrecht op lichamelijke (art. 2333 Cc) en een *nantissement* een pandrecht op onlichamelijke zaken (art. 2355 Cc). Het onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken – hetgeen grofweg een indeling in ‘zaken’ en ‘rechten’ behelst – wordt niet expliciet in de Code gemaakt, maar komt onder meer tot uitdrukking bij de levering van goederen.⁶⁹

Naar de definitie van art. 2333 Cc is een *gage* een contract waarbij de pandgever aan de schuldeiser het recht verleent om zijn vordering met voorrang boven de andere schuldeisers op een roerende zaak te verhalen. Onder het huidige Franse recht komt het pandrecht reeds bij schriftelijke overeenkomst tot stand. Het afgeven van de zaak (*remettre une chose*, art. 2071 (oud) Cc) is geschrappt als vereiste voor de totstandkoming. Daarmee is een *gage* niet langer een reëel contract.⁷⁰ Evenals bij het recht van hypotheek het geval is, moet eerst kenbaarheid aan het zekerheidsrecht worden gegeven voordat er derdenwerking aan het recht wordt verbonden (art. 2337, eerste alinea Cc). Een contract werkt immers alleen tussen partijen. Die kenbaarheid kan op twee wijzen plaatsvinden. In de eerste plaats kan de bezwaarde zaak uit de macht van de schuldenaar worden gebracht.⁷¹ Daarnaast kan een *gage* aan derden worden tegengeworpen na inschrijving in een speciaal register dat bij de griffie van de rechtbank van koophandel wordt gehouden.⁷² Daarmee heeft de Code civil na ruim 200 jaar het stille pandrecht mogelijk gemaakt.⁷³ De publiciteit wordt gerealiseerd doordat de inschrijvingen worden doorgevoerd in een gecentraliseerd nationaal register dat kosteloos via het internet kan worden geraadpleegd.⁷⁴

Met het loslaten van het strikte vereiste van *dépossession*, heeft een debiteur de mogelijkheid gekregen de waarde van zijn zaken optimaal te benutten door deze verscheidene malen te verpanden. Een meermalige bezwa-

69 Men vergelijk art. 1606 met 1607 Cc. Zie over het onderscheid Planiol & Ripert/Picard III, nr. 54 en 55. Naar Nederlands recht is het onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken in 1992 vervangen door een indeling in ‘goed’ als genusbegrip, uitgesplitst in ‘zaak’ en ‘vermogensrecht’, art. 3:1 BW.

70 Zie Simler & Delebecque 2016, nr. 628 en Cabrillac e.a. 2015, nr. 758.

71 Nogmaals zij benadrukt dat *dépossession* thans slechts van belang is voor het antwoord op de vraag of het zekerheidsrecht aan derden kan worden tegengeworpen, niet voor de rechtsgeldige totstandkoming van de *gage* zoals onder de *vigueur* van het art. 2071 (oud) Cc gold. In de literatuur wordt wel opgemerkt dat bezitsverschaffing een gebrekkige wijze van publiciteit is omdat aan derden niet kenbaar is onder welke titel de pandnemer de zaak op zijn beurt onder zich houdt. Zie Aynès & Crocq 2017, nr. 509.

72 Zie decreet nr. 2006-1804 van 23 december 2006 waarin de wijze van registratie als bedoelde in art. 2338 Cc nader wordt uitgewerkt.

73 Het loslaten van de eis van *dépossession* heeft tevens de verpanding van toekomstige zaken mogelijk gemaakt, hetgeen sindsdien ook bij wet (art. 2333, eerste alinea Cc) is geregeld. Zie Simler & Delebecque 2016, nr. 627.

74 Volgens Aynès & Crocq 2017, nr. 509 is die centralisatie een van de sleutels tot succes. Zie voorts Cabrillac e.a. 2015, nr. 779 en Bouteiller 2007, p. 4 en 5.

ring kan echter aanleiding geven tot conflicten tussen de schuldeisers indien het totaal van de vorderingen de waarde van het onderpand overstijgt. De wetgever heeft in art. 2340, eerste alinea Cc een met het hypotheekrecht vergelijkbare rangorderegels opgenomen die aansluit bij de volgorde van inschrijving.⁷⁵ Een pandhouder kan zijn recht na de inschrijving immers tegenwerpen aan derden, waaronder pandhouders met een later geregistreerd pandrecht. Hetzelfde geldt als de opvolgende verpanding met *dépossession* plaatsvindt. Onder de toepassing van het prioriteitsprincipe zal de vuistpandhouder de stil pandhouder in rang voor moeten laten gaan (art. 2340, tweede alinea Cc).⁷⁶ Het retentierecht dat de vuistpandhouder toekomt moet wijken voor het oudere recht van de stil pandhouder.⁷⁷ De vuistpandhouder had zich door raadpleging van het voor eenieder kosteloos en digitaal te raadplegen register van het bestaan van het eerste pandrecht kunnen vergewissen. Diezelfde gedachte gaat op indien de stil pandgever de zaak heimelijk overdraagt en de derdeverkrijger zich beroept op de bescherming bij een verkrijging te goeder trouw van art. 2276 Cc.⁷⁸ Het conflict dat aldus kan ontstaan werkt niet ten nadele van de stil pandhouder omdat de inschrijving van het pandrecht het beroep op goede trouw van de derdeverkrijger uitsluit (art. 2337, derde alinea Cc).⁷⁹

6.2.4 Zekerheidsrechten op vorderingen

Naast roerende zaken lenen ook vorderingsrechten zich voor de bezwaring met een pandrecht. Voor een zogeheten *nantissement de créance* was onder de vigeur van art. 2075 (oud) Cc evenals voor de verpanding van roerende zaken behalve een akte en registratie, ook *dépossession* vereist, hetgeen bestond in een betekening aan de debiteur van de verpande vordering.⁸⁰

75 De datum waarop de *gage* tot stand is gekomen is voor de derdenwerking nimmer relevant. Daarin ligt een belangrijk verschil met het hypotheekrecht (art. 2425, tweede alinea Cc) omdat ook twee op dezelfde dag ingeschreven pandrechten rang innemen naar de volgorde van hun inschrijving. Zie Bouteiller 2007, p. 3.

76 Zie Cabrillac e.a. 2015, nr. 1038, Simler & Delebecque 2016, nr. 630 en Aynès & Crocq 2017, nr. 510.

77 Art. 2340, tweede alinea Cc is met de bepaling 'nonobstant le droit de rétention' één van de weinige gevallen waarin het retentierecht van art. 2286 Cc wordt ontkracht, hetgeen evenwel een noodzakelijke voorwaarde is van de doeltreffendheid van het 'bezitloze' pandrecht. Zie Cabrillac e.a. 2015, nr. 1038 en Simler & Delebecque 2016, nr. 630.

78 Deze bescherming van de verkrijger te goeder trouw komt hierna in par. 6.3.2 nader aan de orde.

79 Zie Aynès & Crocq 2017, nr. 509, Cabrillac e.a. 2015, nr. 781 en Danos, diss. 2007, p. 353 en 354.

80 Zie Planiol & Ripert/Becqué XII, nr. 93, Aubry & Rau VI, § 432 en Baudry-Lacantinerie & De Loynes I, nr. 57. De betekening kon overigens sinds een wetwijziging in 1980 overeenkomstig de cessie (art. 1690 Cc) worden vervangen door aanvaarding door de debiteur bij authentieke akte.

Sinds de herziening van het zekerhedenrecht in 2006 is de verpanding van vorderingsrechten – als belangrijkste object van *nantissements* – ondergebracht in een nieuwe verpandingsregeling voor onlichamelijke zaken (art. 2355 e.v. Cc). De verpanding van een vordering moet op straffe van nietigheid schriftelijk – bij authentieke of onderhandse akte – worden overeengekomen (art. 2356 Cc), zonder dat aan enig vereiste van registratie hoeft te worden voldaan.⁸¹ Het loslaten van het vereiste van *dépossession* brengt mee dat de verpanding nu reeds vanaf de datum van de akte aan derden kan worden tegengeworpen (art. 2361 Cc).⁸² Hiermee werd afgeweken van de wettelijke regeling van cessie van destijds⁸³ die op grond van art. 1690 Cc vereiste dat de cessie wordt betekend aan de debitor cessus dan wel door hem bij authentieke akte wordt geaccepteerd.⁸⁴ Met deze regeling is getracht de eisen van rechtszekerheid en doelmatigheid met elkaar te verzoenen.⁸⁵ De zekerheid komt tot uiting in het schriftelijkheidsvereiste, de doelmatigheid brengt mee dat de verpanding effect heeft – zowel tussen partijen als jegens derden – vanaf het moment waarop de akte tot stand komt. Het financieringsverkeer heeft immers baat bij een snelle en eenvoudige wijze van zekerheidsneming.

De akte van verpanding heeft geen gevolgen voor de debiteur van de verpande vordering. Hij kan vooralsnog slechts aan zijn schuldeiser (de pandgever) bevrijdend betalen. Pas zodra de verpanding aan de debiteur is medegedeeld kan het pandrecht aan hem worden tegenworpen en dient hij aan de pandnemer te betalen (art. 2362 Cc).⁸⁶

81 Ik breng in herinnering dat de *nantissement* vóór 2006 een reëel contract was. Voor het pandrecht op een vorderingsrecht gold dat deze zonder betekening aan de debiteur – als invulling van de vereiste *dépossession* – niet tot stand kwam. Zie Aynès & Crocq 2017, nr. 527. De akte moet – eveneens op straffe van nietigheid – behalve de datum ook bevatten de verpande vordering alsmede de schuld tot zekerheid waarvan de verpanding strekt. Zie art. 2356, tweede en derde alinea Cc, waarin ook de mogelijkheid om toekomstige vorderingen te verpanden nadrukkelijk wordt genoemd.

82 Zie Cabrillac e.a. 2015, nr. 800, Aynès & Crocq 2017, nr. 526 en Simler & Delebecque 2016, nr. 657.

83 Inmiddels is de regeling van cessie gewijzigd en in overeenstemming gebracht met die van de *nantissement*. Art. 1323 en 1324 van ordonnance no. 2016-131 du 10 février 2016 stelt met de *nantissement* vergelijkbare eisen voor de cessie. Zie nader over dit wetgevingsproces hierna in par. 6.3.2.3.

84 De nieuwe regeling sluit echter wel aan op de per 1981 versoepelde vereisten van de cessie in het handelsrecht – de naar de initiatiefnemer vernoemde *cession Dailly* – ter zake waarvan de betekening als vereiste (art. 1690 Cc) werd vervangen door het opmaken van een akte tussen cedent en cessionaris. De werkgroep Grimaldi heeft zich ook bewust door deze *cession de créances professionnelles* laten inspireren. Zie het rapport op p. 13. Zie hierover nader par. 6.3.2.3.

85 Zie Rapport à Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, p. 13.

86 Zie Cabrillac e.a. 2015, nr. 800 die opmerken dat er geen risico bij de debiteur moet liggen om een onbevrijdende betaling te verrichten vanwege de verpanding van de vordering.

Hoewel het verwezenlijken van een doelmatige regeling zo min mogelijk formaliteiten verlangt, brengt de onmiddellijke derdenwerking zonder enige vorm van publicatie wel onzekerheid teweeg.⁸⁷ Zo kan een zekerheidsnemer geconfronteerd worden met een andere schuldeiser die een pandrecht op de vordering blijkt te hebben verkregen waarvan hij niet op de hoogte kon zijn. De verhouding tussen de pandhouders wordt bepaald aan de hand van de anciënniteit van de akten.⁸⁸ Een probleem dat voortvloeit uit deze – mogelijk onderhands opgestelde – akte is dat de datum van de verpanding aanleiding kan geven tot conflicten. De in de (onderhandse) akte opgenomen datum is behoudens tegenbewijs beslissend voor de verhouding tot derden.⁸⁹ Zo zal op de pandhouder die in werkelijkheid het oudste recht heeft de last rusten om de ongeldigheid te bewijzen van de onjuiste datum in de onderhandse akte van een jonger pandrecht dat is geantedateerd.⁹⁰

6.3 VERBINTENISSEN IN HET FRANSE GOEDERENRECHT

6.3.1 De eigendomsverkrijging uit kracht der verbintenissen

In afwijking van de Romeinsrechtelijke traditie is naar Frans recht voor de verkrijging van eigendom geen levering vereist.⁹¹ Art. 711 Cc bepaalt dat eigendom overgaat uit kracht van een daartoe strekkende verbintenis. Deze op de contractsvrijheid berustende wijze van eigendomsoverdracht werd als een redelijker systeem dan het Romeinse beschouwd.⁹² De zogeheten eigendoms-overgang ‘*par l’effet des obligations*’ wordt in art. 1138 Cc nader uitgewerkt:

87 Zie Danos, diss. 2007, p. 356 die niet kan rechtvaardigen dat de verpanding van een vordering voor de verkrijging van derdenwerking niet aan een registratievereiste is gebonden en op p. 358 geen reden ziet voor het onderscheid tussen werking jegens derden enerzijds en de debiteur anderzijds.

88 Zie voor meer voorbeelden die overigens reeds voor 2006 voorkwamen bij de fiduciaire cessie onder de wet Dailly (zie hierboven voetnoot 84), het overzicht bij Simler & Delebecque 2016, nr. 685. Zij benoemen in nr. 683 en 684 naast de bezwaren ook de voordelen, waaronder de snelle en eenvoudige vestigingsformaliteiten.

89 Dit is een afwijking op de in art. 1328 Cc neergelegde hoofdregel dat de datum van onderhandse akten jegens derden pas na registratie van de akte rechtens vaststaat. Niettemin kan het ter wille van de zekerheid opportuun zijn om het pandrecht bij authentieke akte te vestigen omdat de datum daarvan niet kan worden ontzenuwd.

90 Zie Aynès & Crocq 2017, nr. 526 en Cabrillac e.a. 2015, nr. 800.

91 Zie Baudry-Lacantinerie I, nr. 1361 en Planiol & Ripert/Picard III, nr. 618. De Romeinsrechtelijke traditie is neergelegd in C. 2,3,20: ‘Eigendom wordt overgedragen door bezitsverschaffing en verkrijgende verjaring, nimmer door de werking van vormloze afspraken.’

92 Het beginsel is door Bigot de Préameneu geponeerd en heeft gedurende de totstandkoming van de Code civil niet ter discussie gestaan. De wetgever is op dit punt de natuurrechtelijke weg ingeslagen. Zie Planiol/Ripert & Boulanger I, nr. 2891 en Planiol & Ripert/Picard III, nr. 619.

‘De verbintenis om een zaak te leveren is voltrokken door de enkele toestemming van de contracterende partijen. Zij maakt de schuldeiser tot eigenaar en heeft ten gevolge dat het risico van de zaak voor hem is, van het ogenblik dat deze moest geleverd worden, ook al heeft de overgave ervan niet plaatsgehad, [...]’⁹³

Naar de beginselen van Romeinse recht – waarnaar de Nederlandse wet in 1838 is teruggekeerd – gaat de eigendom pas over nadat bezitsverschaffing heeft plaatsgevonden ter uitvoering van die verbintenis. Het Franse recht heeft zich losgemaakt van de *traditio* als vereiste voor eigendomsverkrijging en maakt – bijvoorbeeld in het geval dat de eigendom overgaat door overdracht ten titel van koop⁹⁴ – de koper eigenaar op het moment dat de koopovereenkomst is gesloten (art. 1583 Cc).⁹⁵ De koper wordt vanaf dat moment onmiddellijk eigenaar van de zaak en de verkoper die de zaak voor de koper houdt, is dan nog slechts verplicht de feitelijke macht te verschaffen.⁹⁶

In het feit dat de eigendom onmiddellijk bij de koper rust, maar de zaak nog onder de feitelijke macht van de verkoper, ligt het risico dat de verkoper de zaak nogmaals overdraagt. Naar Frans recht is dit een kwestie van een beschikkingsonbevoegde verkrijging door de tweede koper omdat op het moment van de tweede verkoop de eerste koper reeds eigenaar van de zaak was. Volgens de Romeinsrechtelijke leer berust de eigendom daarentegen door de enkele overeenkomst nog steeds bij de verkoper, waardoor de dubbele verkoop een zuiver verbintenisrechtelijke kwestie is. Om de vraag op welke wijze de verschillende kopers na een dubbele verkoop zich tot elkaar verhouden op een vanuit rechtsvergelijkend oogpunt passende manier te beantwoorden, komt hierna in een paragraaf die noch tot het goederenrecht noch tot het verbintenissenrecht kan worden gerekend, de dubbele verkoop van respectievelijk een onroerende zaak, een roerende zaak (lichamelijke zaken) en een vorderingsrecht (onlichamelijke zaak) aan bod.

93 Deze naar het Nederlands vertaalde wettekst is ontleend aan het Belgisch burgerlijk wetboek, dat evenals bijvoorbeeld de Italiaanse codificatie (art. 922) het Franse systeem van eigendomsverkrijging heeft overgenomen.

94 Als andere uitwerking van de regel van eigendomsverkrijging uit kracht der verbintenissen kan de in art. 938 Cc genoemde overdracht ten titel van schenking worden genoemd.

95 Het feit dat de overeenstemming tussen partijen voldoende is om de eigendom te doen overgaan, wordt in de literatuur wel aangeduid met het *principe consensualisme* of *principe solo consensu*. Zie Terré & Simler 2014, nr. 391 en Larroumet 2006, nr. 378. Men kan ook zeggen dat de verbintenis translatieve werking heeft.

96 Het feit dat er geen andere formaliteiten zijn vereist en de eigendomsoverdracht aldus onmiddellijk geschiedt, wordt het principe van *transfer immédiat* genoemd. Zie Planiol & Ripert/Picard III, nr. 620 en Larroumet 2006, nr. 382. Dit principe is een logisch gevolg van het principe van de *transfer solo consensu*.

6.3.2 Botsende verbintenissen bij de verkrijging van een goed

6.3.2.1 Een onroerende zaak

Hoewel het beginsel van art. 711 Cc voor de eigendomsverkrijging van alle zaken geldt, heeft het ten aanzien van onroerende zaken sinds de hierboven besproken wetswijzigingen van 1855 en 1955 behoorlijk aan betekenis ingeboet.⁹⁷ De verkrijging van registergoederen moet sindsdien worden geregistreerd voordat de eigendomsovergang derdenwerking heeft. De eigendomsoverdracht van een onroerende zaak kan derhalve pas aan derden worden tegengeworpen nadat het recht van de verkrijger in de registers is ingeschreven. Indien de verkoper na de verkoop de zaak nogmaals heeft vervreemd – of met andere zakelijke rechten zoals een hypotheek of een erfdienstbaarheid heeft bezwaard – hoeft de verkrijger, mits hij zijn eigendomsrecht heeft geregistreerd, die zakelijke rechten niet te eerbiedigen. Conflicten tussen meerdere gerechtigden tot eenzelfde onroerende zaak zijn eenvoudig te beslechten omdat alleen aan rechten die zijn ingeschreven derdenwerking toekomt.⁹⁸ De datum van inschrijving is dan bepalend voor het antwoord op de vraag wie van beide kopers zijn eigendomsrecht aan de ander kan tegenwerpen. De rechten van beide verkrijgers verhouden zich tot elkaar conform de prioriteitsregel in die zin dat de rangorde op basis van de volgorde van registratie wordt vastgesteld.⁹⁹ Het moment waarop de rechten tot stand zijn gekomen is niet relevant, omdat volgens art. 30, eerste alinea van het decreet van 4 januari 1955 de eigendomsrechten op onroerende zaken voor de publicatie niet aan derden kunnen worden tegengeworpen.¹⁰⁰

6.3.2.2 Een roerende zaak

De wetgever heeft het risico van een dubbele verkoop van een roerende zaak onder ogen gezien en heeft in art. 1141 Cc een oplossing geboden voor het conflict dat aldus tussen beide kopers kan ontstaan:

97 Zie hierboven p. 97 over de gevolgen van de wet van 23 maart 1855 en het decreet van 4 januari 1955 voor het hypotheekrecht.

98 Voor de goede orde merk ik nogmaals op dat de inschrijving in de registers ter verkrijging van derdenwerking niets afdoet aan het principe van de overdracht *solo consensu*. Partijen kunnen zich niet op de ongeldigheid van de overdracht beroepen vanwege het ontbreken van registratie. Na de eerste verkoop van een onroerende zaak gaat de eigendom over op de eerste koper, deze overdracht heeft evenwel jegens derden – waaronder een tweede koper – geen effect zolang registratie niet heeft plaatsgevonden. Zie Larroumet 2006, nr. 389.

99 Zie Aubry & Rau II, § 174. Sinds 1855 bepaalt de registratie de rangorde. Ten aanzien van het recht van voor 1855 werd wel opgemerkt dat het voor een koper van een onroerende zaak nooit zeker was of hij daadwerkelijk eigenaar werd. Zie Piedelièvre 2000, nr. 15.

100 Opgemerkt dient te worden dat het ontbreken van publiciteit niet per definitie de derdenwerking aan het recht ontnemt. Een verkrijger ter kwader trouw zal een ouder doch ongeregistreerd recht tegen zich moeten laten gelden. Zie de hierboven op p. 100 in voetnoot 54 besproken rechtspraak.

‘Indien de zaak die men zich achtereenvolgens verbonden heeft te geven of te leveren aan twee personen, een zuiver roerende zaak is, heeft degene van beiden, die in het *werkelijk bezit* ervan gesteld is, de voorkeur en blijft hij eigenaar ervan, ook al is zijn titel van latere datum, mits althans het bezit *te goeder trouw* is.’

Uit deze bepaling wordt duidelijk dat niet zozeer degene met het oudste recht als wel diegene aan wie het werkelijke bezit is verschaft, mits hij te goeder trouw is, de eigendom verkrijgt. Deze oplossing lijkt een inbreuk te maken op het beginsel van art. 1138 Cc, maar valt in het licht van een ander beginsel dat is neergelegd in art. 2276 Cc neergelegd, te weten ‘*en fait de meubles, la possession vaut titre*’, waarvan art. 1141 Cc een *lex specialis* is, goed te verklaren.¹⁰¹ De verkrijging van het bezit te goeder trouw heeft naar Frans recht alle gevolgen van een volmaakte titel en leidt dus, met andere woorden, tot eigendomsverkrijging.¹⁰² De eerste koper is weliswaar door het sluiten van koopovereenkomst (*par l'effet de convention*) eigenaar geworden van de roerende zaak, de tweede koper verkrijgt niettemin de eigendom indien hij het bezit te goeder trouw heeft verkregen. Zijn eigendomsverkrijging vloeit dan niet voort uit de translatieve werking van de koopovereenkomst – de vervreemder was op dat moment immers geen eigenaar meer – maar volgt uit art. 2276 Cc.¹⁰³ Het beroep op de regel ‘*possession vaut titre*’ beschermt daarmee de verkrijger te goeder trouw van een roerende zaak.¹⁰⁴ Strikt genomen leidt een dubbele verbintenis om een roerende zaak geleverd te krijgen niet tot een prioriteitsconflict omdat de rechten van de eerste en tweede verkrijger niet gelijk zijn. De eerste verkrijger is immers eigenaar

101 Zie Aubry & Rau II, § 174, Planiol & Ripert/Picard III, nr. 621, Larroumet 2006, nr. 400 en Terré & Simler 2014, nr. 409. Door de Nederlandse wetgever van 1838 werd art. 1141 Cc – naast het feit dat het Nederlandse recht voor de eigendomsverkrijging wel een levering vereiste – overbodig geacht omdat elders in het wetboek (art. 2014 OBW was gelijk aan het huidige art. 2276 Cc) opgenomen dat met betrekking tot roerende zaken, het bezit als volkomen titel geldt. Zie Asser 1838, p. 471.

102 Deze regel kan worden toegeschreven aan François Bourjon die in zijn *Le droit commun de la France* uit 1747 (Livre III, titre 22, chap. 5) in zijn beschouwingen over de Romeinse rechtsfiguur van de verkrijgende verjaring betoogde dat voor dit leerstuk onder het *droit commun français* ten aanzien van roerende zaken geen plaats is omdat ‘*la simple possession produit tout l'effet d'un titre parfait*’. Zie ook Planiol & Ripert/Picard III, nr. 369. In de wetstoelichting voert Bigot de Préameneu voor het feit dat het bezit van roerende zaken als volkomen titel geldt aan het ontbreken van bezitsinterdicten, het feit dat men doorgaans de titel moeilijk kan bewijzen en de snelle circulatie van hand tot hand. Zie Locré XVI, p. 586.

103 Zie Planiol/Ripert & Boulanger I, nr. 3445. De regeling van art. 1141 Cc biedt niet alleen bij de verkrijging van eigendom bescherming aan de bezitter te goeder trouw, maar geldt tevens voor de verkrijging van andere zakelijke rechten zoals een recht van vruchtgebruik. Zie Larroumet 2006, nr. 394.

104 Zie Planiol & Ripert/Picard III, nr. 380. Ik wijs erop dat de regeling van 2276 Cc – ofschoon de vertaalde wettekst gelijk was aan art. 2014 OBW – naar Nederlands recht een andere rol inneemt dan naar Frans recht. Voor de eigendomsverkrijging onder het Franse art. 2276 Cc is immers geen geldige titel is vereist, terwijl de regeling naar Nederlands recht slechts bescherming biedt tegen een gebrek in de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder. Zie hierover Zwolve 2006, p. 296-299.

geworden en zal zich – om een beroep op art. 2276 Cc door de opvolgende verkrijger de pas af te snijden – de feitelijke macht over de roerende zaak dienen te verschaffen.¹⁰⁵

De toepassing van het beginsel van art. 2276 Cc is beperkt tot roerende (lichamelijke) zaken. Anders dan bij de overdracht van onroerende zaken, waar art. 2276 Cc dus geen rol speelt, is de derdenwerking van een overdracht van een roerende zaak niet afhankelijk van nadere formaliteiten. Toch speelt de formaliteit van de bezitsverkrijging van een roerende zaak een met de registratie van de eigendomsoverdracht van een onroerende zaak vergelijkbare rol.¹⁰⁶ De koper van een roerende zaak kan zijn eigendomsrecht jegens latere verkrijgers veiligstellen door bezitsverkrijging, terwijl de koper van een onroerende zaak daarvoor zijn eigendomsrecht dient te registreren. Men zou kunnen stellen dat op dezelfde wijze als de registratie bij onroerende zaken, de bezitsverkrijging bij roerende zaken de publiciteit aan de overdracht verleent.¹⁰⁷ Het verschil is echter dat de koper van een roerende zaak slechts gevaar van een opvolgende koper te goeder trouw heeft te duchten, terwijl bij de verkrijging van een onroerende zaak het vereiste goede trouw in beginsel door de publicatie is geobjectiveerd.¹⁰⁸ De goede trouw waaraan op het moment van de bezitsverkrijging door de tweede verkrijger van een roerende zaak moet zijn voldaan, wordt echter verondersteld aanwezig te zijn.¹⁰⁹ Aan art. 2276 Cc ontleent de bezitter van een roerende zaak immers het bewijsvermoeden dat hij de zaak rechtmatig heeft verkregen.¹¹⁰ Aan gezien de bewijislevering van het feit dat de opvolgende koper te kwader trouw heeft verkregen mogelijk als een zware last op de eerste koper drukt, loopt de eerste koper een wezenlijk risico om de eigendom van de zaak aan een ander te verliezen zo lang hij niet in het bezit is gesteld van roerende zaak.

105 Uit deze redenering volgt dat de eerste verkrijger geen beroep op de goede trouw zal hoeven doen, hetgeen uit de strekking van art. 1141 Cc kan worden afgeleid omdat wanneer er nog geen eerdere vervreemding heeft plaatsgehad, de eerste verkrijger per definitie te goeder trouw is.

106 Zie Planiol/Ripert & Boulanger I, nr. 3444 en Danos, diss. 2007, p. 397.

107 Zie Planiol/Ripert & Boulanger I, nr. 3444, Planiol & Ripert/Picard III, nr. 625 en Terré & Simler 2014, nr. 409.

108 De aanwezigheid van kwade trouw bij de tweede koper staat er weldegelijk aan in de weg dat hij zijn recht kan tegenwerpen aan de eerste koper die heeft verzuimd zijn recht te registreren. Zie Cass. civ. 3^e, 28 mai 1979, *Bull. civ. III*, nr. 116. De bewijslast rust dan wel op de eerste koper om aan te tonen dat de tweede koper van de eerdere verkoop op de hoogte was.

109 Planiol & Ripert/Picard III, nr. 381, Ripert & Boulanger I, p. 1142 en Terré & Simler 2014, nr. 437.

110 Behalve de bescherming aan de verkrijger te goeder trouw, vervult art. 2276 Cc ook een bewijsfunctie. De bezitter wordt vermoed de roerende zaak rechtmatig te hebben verkregen. Hij ontleent aan het artikel het vermoeden van het bestaan van een geldige titel. Zie Planiol/Ripert & Boulanger I, nr. 3436, Planiol & Ripert/Picard III, nr. 374 en Aubry & Rau II, § 183.

6.3.2.3 Een vorderingsrecht

De Code civil bevat oorspronkelijk in art. 1689 Cc e.v. een regeling ter zake van de overdracht van vorderingen. Het betreft hier algemene bepalingen die, hoewel ze zijn opgenomen in de titel over koop, ook van toepassing zijn op verkrijgingen onder een andere titel.¹¹¹ Als men de totstandkomingsformaliteiten beziet, kan worden opgemerkt dat de Code civil al sinds zijn invoering in 1804 de overdracht van onlichamelijke zaken op andere wijze benadert dan de overdracht van lichamelijke zaken.¹¹² De cessie komt namelijk bij de overeenkomst weliswaar tussen cedent en cessionaris tot stand, maar pas nadat de cessie is betekend aan de debitor cessus of deze de cessie bij authentieke akte heeft erkend, heeft de overdracht volgens art. 1690 Cc werking tegenover derden. Tot dat moment heeft de cessie slechts werking tussen de partijen bij de overdracht.¹¹³ Anders dan bij de overdracht van een roerende zaak, waar de formaliteit van bezitsverschaffing niet is vereist ten einde derdenwerking te bewerkstelligen, maar er slechts op is gericht het beroep van een derde op art. 2276 Cc de pas af te snijden, is bij de cessie eerst betekening nodig als nadere formaliteit voordat aan deze overdracht absolute werking toekomt. Met het vereiste van de betekening dan wel de erkenning bij akte wordt de publiciteit van de cessie in het belang van de debitor cessus gewaarborgd.¹¹⁴

Aangezien onder derden naast de debitor cessus ook eventuele opvolgende cessionarissen moeten worden verstaan, volgt uit deze regel van derdenwerking dat indien eenzelfde vordering achtereenvolgens aan verschillende personen is gecedeerd, diegene voorrang krijgt die de cessie het eerst aan de debitor cessus heeft betekend dan wel het eerst bij akte door de debiteur is erkend.¹¹⁵ Conflicten tussen meerdere cessionarissen zijn zeer wel denkbaar omdat de opvolgende cessionaris zich niet van het bestaan van de eerdere overdracht kon vergewissen. De publiciteit is immers slechts op de debiteur van de overgedragen vordering gericht. De rangorde tussen de cessionarissen wordt vastgesteld – op gelijke wijze als in het geval waarin er meerdere gerechtigden tot een onroerende zaak zijn¹¹⁶ – naar de volgorde waarop uitdrukking is gegeven aan het vereiste voor de derdenwerking.¹¹⁷

111 Zie Baudry-Lacantinerie & Saignat, nr. 758 en Aubry & Rau IV, § 359.

112 Zie Aubry & Rau IV, § 359 en Malaurie, Aynès & Stoffel-Munck 2017, nr. 1411.

113 Het in art. 1689 Cc genoemde vereiste van 'remise du titre' staat niet aan de totstandkoming van de cessie tussen partijen in de weg. Ook zonder deze verschaffing van de stukken waaruit het bestaan van de vordering blijkt, komt de cessie tussen de cedent en cessionaris door de wilsovereenstemming tot stand. Zie Aubry & Rau IV, § 359.

114 Zie Malinvaud e.a. 2014, nr. 828 en Danos, diss. 2007, p. 345.

115 Zie Baudry-Lacantinerie & Saignat, nr. 853, Malaurie, Aynès & Stoffel-Munck 2017, nr. 1412.

116 Zie hierboven p. 97.

117 Zie Aubry & Rau IV, § 359 bis en Baudry-Lacantinerie & Saignat, nr. 853.

Conflicten die ontstaan als gevolg van een dubbele cessie spelen zich daarmee niet af – zoals bij de dubbele verkoop van een roerende zaak het geval is – op het terrein van het leerstuk van de bescherming tegen een beschikingsonbevoegde verkrijging. Tot het moment waarop de eerste cessionaris heeft voldaan aan de nadere formaliteit van betekening aan de debitor cessus heeft deze overdracht immers geen werking tegen een latere cessionaris.

De cessie doet tevens dienst als vorm van zekerheidstelling voor de terugbetaling van een schuld. De zware formaliteiten die voor de herziening van het zekerhedenrecht in 2006 aan de verpanding van vorderingen waren verbonden, te weten een akte, registratie en kostbare betekening aan de schuldenaar van de verpande vordering,¹¹⁸ leidden ertoe dat de fiduciaire cessie werd verkozen boven de verpanding van de vordering.¹¹⁹ Ten behoeve van het kredietverkeer zijn voor de *cession de créances professionnelles* – dat is de handelscessie tussen een ondernemer en een professionele kredietinstelling – de vereisten zelfs versoepeld.¹²⁰ De in 1981 ingevoerde zogenoemde *Loi Dailly* verving ten aanzien van de betreffende cessie de betekening aan de debiteur door het opmaken van een akte.¹²¹ Vanaf de datum van de akte kon de cessie aan derden worden tegengeworpen. Ten aanzien van de debitor cessus gold dat hij voor de kennisgeving slechts aan de cedent bevrijdend kon betalen. Conflicten die ontstonden tussen meerdere cessionarissen als gevolg van een dubbele cessie werden ook in dit geval aan de hand van de prioriteitsregel beslecht.¹²² Hoewel de fiduciaire cessionaris in deze constructie risico loopt omdat de vordering door de betaling aan de cedent tenietgaat, wordt de *cession Dailly* als een succes beschouwd.¹²³ Het stelt immers een ondernemer in staat zijn uit vorderingen bestaande activa te benutten teneinde extra krediet aan te trekken.

De in 2006 aangepaste regeling van *nantissement* is door de *cession Dailly* geïnspireerd en inmiddels is in Frankrijk een wetgevingsproces op gang te komen teneinde het verbintenissenrecht te hervormen waarin ook de leer van de cessie onder de loep wordt genomen. In 2015 heeft het parlement een *loi d'habilitation* aangenomen die het mogelijk maakt dat de hervorming bij ordonnantie plaatsvindt.¹²⁴ Per 1 oktober 2016 is deze ordonnantie in

118 Zie hierboven p. 104.

119 Zie Simler & Delebecque 2016, nr. 678. De rechtspraak toonde zich vijandig tegen de overdracht ten titel van zekerheid van lichamelijke zaken omdat het moeilijk is om derden te beschermen gelet op het feit dat de eigendom van lichamelijke zaken uit kracht van verbintenissen overgaat. Zie Simler & Delebecque 2016, nr. 678 met verwijzingen naar rechtspraak.

120 Zie het huidige art. L. 313-27, eerste alinea van de Code monétaire et financier.

121 Zie de naar de initiatiefnemer vernoemde Wet nr. 81-1 van 2 januari 1981 'facilitant le crédit aux entreprises'. Overigens heeft de Belgische wetgever art. 1690 BBW in die zin gewijzigd dat de cessie tegen andere derden dan de gecedeerde schuldenaar kan worden ingeroepen door het sluiten van de overeenkomst van overdracht.

122 Zie Simler & Delebecque 2016, nr. 685.

123 Zie Simler & Delebecque 2016, nr. 682 en het Rapport Grimaldi, p. 13.

124 Loi no. 2015-177 du 16 février 2015. Art. 38 van de Grondwet staat toe dat de regering wordt gemachtigd om een wet bij verordening te wijzigen.

werking getreden – overigens moet deze nog door het parlement worden bekrachtigd¹²⁵ – waarin onder meer de regeling van de cessie is gewijzigd.¹²⁶ In navolging van de herziening van de *nantissement* geldt thans dat de overdracht van een vordering op straffe van nietigheid schriftelijk moet worden overeengekomen en dat de cessie vanaf dat ogenblik aan derden kan worden tegengeworpen, met uitzondering van de debitor cessus die eerst van de cessie op de hoogte moet worden gesteld. Door het schrappen van de extra formaliteit voor de derdenwerking van de cessie – hetgeen overigens meer in overeenstemming is met het Franse systeem van overdracht van lichamelijke zaken – kunnen conflicten tussen meerdere cessionarissen niet langer aan de hand van de betekening aan de debitor cessus worden beslecht. In art. 1325 Cc wordt bevestigd dat een conflict dat ontstaat als gevolg van een meervoudige cessie wordt beheerst door het moment waarop de cessie thans derdenwerking krijgt.¹²⁷ Het tijdstip van de akte bepaalt namelijk het antwoord op de vraag aan wie de vordering is overgedragen, te weten degene die kan aantonen dat zijn akte de oudste is.¹²⁸

6.4 VERBINTENISSENRECHT

Hoewel vanwege de translatieve werking van verbintenissen een scherp onderscheid tussen het verbintenissenrecht en het zakenrecht in de Code civil ontbreekt – het gehele verbintenissenrecht is immers ondergebracht in het boek dat handelt over de wijze van eigendomsverkrijging – houdt het Franse recht weldegelijk vast aan het verschil tussen een *droit réel* en een *droit personnel*.¹²⁹ Dit verschil komt onder meer tot uitdrukking bij schuldeisers met en zonder een zakelijk recht. Zo nemen schuldeisers die ter verzekering van de voldoening van hun vordering een zakelijk zekerheidsrecht hebben verkregen een preferente positie in ten opzichte van onverzekerde schuldeisers. Een zakelijk werkt bovendien absoluut en hieraan komt zaaksgevolg toe.

Onder het *droit commun francais* was – zoals hierboven is opgemerkt – de rechtspraktijk ontstaan dat vrijwel iedere schuldeiser, mits aan een bepaald vormvereiste was voldaan, een recht van generale hypotheek had.¹³⁰

125 Projet de loi ratifiant l'ordonnance no. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime general et de la preuve des obligations.

126 Zie met name art. 1323-1325 van ordonnance no. 2016-131 du 10 février 2016.

127 Dit artikel bevestigt eveneens dat de cessionaris een rechtsmiddel ten dienste staat jegens degene die al betaling van de debitor cessus heeft ontvangen.

128 In afwijking op art. 1377 Cc mag ieder op grond van art. 1323, tweede alinea, Cc aan de hand van alle middelen de datum bewijzen.

129 Zie Ginossar 1960, p. 121, Planiol & Ripert/Picard III, nr. 42 en Terré & Simler 2014, nr. 47 en 48.

130 Zie Basnage, p. 308 en 309, Pothier, nr. 10 en Bourjon, Livre VI, titre VI, chap. I, nr. I in zijn commentaar op art. 107 van de Coutume de Paris dat inhield dat geen hypotheekrecht gevestigd kon worden dan bij authentieke akte.

Notarissen namen in de akte als standaardvoorwaarde een beding van generale hypotheek op. Indien het in die situatie tot een executie kwam, werd de opbrengst uitgekeerd aan de verschillende schuldeisers naar de volgorde van hypotheekneming, hetgeen in feite erop neerkwam dat de anciënniteit van de vordering de rangorde bepaalde. Alleen schuldeisers die hun zekerheidsrecht en daarmee tevens hun rang ontleenden aan de wet, maakten hierop een uitzondering.¹³¹ Conventionele hypotheeknemers – dat waren dus alle schuldeisers die ten bewijze van hun vordering een authentieke akte hadden – verhielden zich tot elkaar conform de prioriteitsregel.¹³²

De doorgevoerde beginselen van publiciteit en specialiteit hebben ertoe geleid dat het hypotheekrecht is voorbehouden aan schuldeisers die aan alle vestigingsformaliteiten hebben voldaan. Verzekerde en onverzekerde schuldeisers zijn duidelijk van elkaar gescheiden. Schuldeisers zonder zakelijk recht staan onder het huidige recht aan elkaar gelijk. Hun vorderingen worden op grond van art. 2285 Cc naar evenredigheid voldaan:

‘De goederen van de schuldenaar strekken tot gemeenschappelijke waarborg voor zijn schuldeisers, en de prijs ervan wordt onder hen naar evenredigheid van hun vordering verdeeld, tenzij er tussen de schuldeisers wettige redenen van voorrang bestaan.’¹³³

Het Franse recht hanteert dus het beginsel van gelijkheid van schuldeisers.¹³⁴ Als uitzondering op dit beginsel worden alleen de wettige redenen van voorrang toegelaten, te weten voorrechten en hypotheek. Voor goederenrechtelijke aspecten is in de verhouding tussen onverzekerde schuldeisers geen plaats.

Voorts kent de Code civil ook verbintenissen met zakenrechtelijke trekken.¹³⁵ Deze rechten laten zich moeilijk systematiseren omdat zij doorgaans slechts bescherming aan een bepaalde schuldenaar beogen te bieden door zijn verbintenisrechtelijke aanspraak te versterken. Ik volsta daarom met het bij wijze van voorbeeld noemen van het recht van de huurder van een onroerende zaak. Ondanks het feit dat een huurder immers slechts in verbintenisrechtelijke verhouding tot de verhuurder staat en geen zakenrechtelijke rechten aan de onroerende zaak kan ontlenen, kan hij zijn recht na een verkoop van de verhuurde zaak op grond van art. 1743 Cc toch aan de opvolgende eigenaar tegenwerpen. Het in dit artikel tot uitdrukking gebrachte adagium ‘koop breekt geen huur’ kent zakelijke werking toe aan het persoonlijke recht van de huurder van een onroerende zaak.

131 Zie over de legale hypotheekhouders hierboven, p. 97.

132 Zie Pothier, p. 463. Overigens gold ten aanzien van schuldeisers zonder authentieke akte dat zij schuldeisers met een zakelijk recht voor moesten laten gaan en onderling gelijke rang innamen.

133 De wettekst is ontleend aan art. 8 van de Belgische hypotheekwet, dat overeenkomt met het art. 2093 (oud) Cc.

134 Zie Baudry-Lacantinerie & De Loynes I, nr. 273, Planiol & Ripert/Becqué XII, nr. 1, Cabrillac 1991, p. 31 en Larroumet & Bros 2016, nr. 752.

135 Zie Planiol & Ripert/Picard III, nr. 42, die spreekt van een soort tussencategorie.

6.5 SLOTSOM

Het Franse burgerlijk recht is ondanks de afschaffing van de *traditio* als voorwaarde voor eigendomsovergang in grote mate trouw gebleven aan de Romeinse rechtsbeginselen. Zo is zelfs het Romeinsrechtelijke euvel van het gebrek aan publiciteit van zakelijke rechten op onroerende zaken – met uitzondering van conventionele hypotheeken – door de wetgever van 1804 overgenomen. Nadat dit gebrek bij decreet van 4 januari 1955 eenmaal was verholpen, kon de verhouding tussen meerdere gerechtigden tot dezelfde onroerende zaak op een gemakkelijk toepasbare wijze in overeenstemming met de prioriteitsregel worden vastgesteld. Sindsdien dient immers ieder zakelijk recht op een onroerende zaak ter verkrijging van derdenwerking te worden geregistreerd.

De translatieve werking van de overeenkomst die door het stelsel van publiciteit ten aanzien onroerende zaken praktisch betekenisloos is geworden, creëert ten aanzien van roerende zaken een risico op dubbele overdrachten. Het is in dat kader het bezit dat als gevolg van het beginsel *en fait de meubles, possession vaut titre* de derdenwerking van de eigendomsoverdracht veiligstelt. Bij een dubbele verbintenis tot levering van een roerende zaak krijgt immers degene die te goeder trouw het bezit van de zaak verkrijgt voorrang boven de ander die op levering aanspraak maakt.

De verpandingsregeling van roerende zaken heeft tot 2006 prioriteitsconflicten tussen meerdere pandhouders voorkomen omdat voor een rechtsgeldige verpanding *dépossession* was vereist. Sinds de herziening van het zekerhedenrecht kan de verpanding ook zonder machtsverschaffing plaatsvinden. In dat geval dient het zekerheidsrecht wel te worden geregistreerd. Het moment van registratie is voor het geval van een dubbele verpanding beslissend voor de rangorde tussen de pandhouders.

De registratie ten behoeve van de derdenwerking enerzijds en de bezitsverkrijging die het zakelijke recht veiligstelt anderzijds, brengt aldus ten aanzien van gerechtigden tot lichamelijke zaken steeds een rangorde tot stand die in de regel aansluit bij de volgorde van publicatie. Het antwoord op de vraag of een recht aan een derde kan worden tegengeworpen is daarmee ten aanzien van lichamelijke zaken in beginsel gekoppeld aan de publicatie van het recht.

Ten aanzien van rechten op onlichamelijke zaken – ik beperk mij tot de overdracht en verpanding van vorderingsrechten – ligt dat anders. Van oudsher geldt dat een nadere formaliteit, te weten betekening aan de debiteur is voorgeschreven voordat de beschikking aan derden kan worden tegengeworpen. Tot het moment waarop de cessie of verpanding aan de debitor cessus is betekend, heeft deze slechts werking tussen partijen. De publiciteit van de cessie of verpanding is daarmee alleen gericht op de debiteur van de verpande vordering. De in 2006 vernieuwde regeling van *nantissement* heeft ook dit publiciteitsvereiste losgelaten nu de verpanding reeds vanaf de datum van de akte aan derden – met uitzondering van de debiteur – kan worden tegengeworpen. De rangorde tussen meerdere gerechtigden tot

een vordering die zich in dit geval niet van het bestaan van elkaars rechten kunnen vergewissen, wordt opnieuw beheerst door de prioriteitsregel. Ook met betrekking tot de regeling van de cessie is het publiciteitsvereiste inmiddels losgelaten. Aan de hand van de tijdstippen waarop ingeval van een dubbele cessie de akten zijn opgesteld – op dat moment verkrijgt de cessie immers derdenwerking – wordt bepaald aan wie de vordering is gecedeerd.

De consequente toepassing van de prioriteitsgedachte in – naar Franse begrippen – goederenrechtelijke kwesties, steekt sterk af tegen de rol die voor de prioriteitsregel in verbintenissenrechtelijke vraagstukken is weggelegd. In het verbintenissenrecht geldt namelijk het beginsel van de *paritas creditorum*. Het Franse recht heeft – anders dan het systeem van eigendomsovergang uit kracht van verbintenissen zou kunnen doen vermoeden – getrouw het gemeenrechtelijke onderscheid tussen rechten op zaken en rechten op personen gevolgd, waardoor voor de toepassing van een goederenrechtelijk begrip als de prioriteitsregel in het verbintenissenrecht in beginsel geen ruimte is.

7 | De prior-temporeregel nader beschouwd

7.1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is duidelijk geworden dat de van oorsprong Romeinsrechtelijke prior-temporeregel in ongeschreven vorm is gerecipiëerd in zowel het Nederlandse, Duitse als Franse privaatrecht. De keuze om aan een ouder goederenrechtelijk recht de voorkeur te geven boven een jonger – als alternatief voor bijvoorbeeld de optie van gelijkgerechtigdheid – wordt op verschillende wijzen in juridisch-technische zin gemotiveerd. Zo beschouwen de Duitse en de Nederlandse wetgever de prioriteitsregel als een gevolg van de nemo-plusregel.¹ Deze motivering aan de hand van de nemo-plusregel komt hierna aan de orde (par. 7.2), gevolgd door de op het karakter van goederenrechtelijke rechten gegronde visie (par. 7.3). Daarna wordt bezien of de rechtvaardiging van de toepassing van de prioriteitsregel in het publiciteitsbeginsel kan worden gevonden (7.4).

7.2 EEN GEVOLG VAN DE NEMO-PLUSREGEL

7.2.1 Niemand kan meer rechten overdragen dan hij heeft

Op grond van de Romeinsrechtelijke nemo-plusregel kan niemand meer rechten overdragen dan hij zelf heeft.² De levering van een goed resulteert dientengevolge in beginsel slechts dan in een eigendomsoverdracht als de vervreemder hiervan eigenaar is.³ Uit de nemo-plusregel vloeit aldus de beschikkingsbevoegdheid voort als vereiste voor een rechtsgeldige eigendomsoverdracht zoals bedoeld in art. 3:84 BW.⁴ Vanwege de uitleg die in het kader van deze regel aan het begrip ‘overdragen’ wordt gegeven – te weten niet alleen het vervreemden, maar iedere handeling die is gericht op

1 Zie Mugdan I, p. 505 en PG Boek 5 BW, TM, p. 3.

2 De samenstellers van het *Coprus Iuris* hebben deze regel als algemeen rechtsbeginsel aangezien. De oorsprong van de nemo-plusregel – die veelal in verband wordt gebracht met de klassieke tekst Gai Inst. 2,35 – kan worden herleid tot erfrechtelijke kwesties. Zie Schulz 1951, p. 352, Kaser I (1971), p. 413, voetnoot 4, Feenstra 1994, p. 50 en Hoetink 1935, p. 474.

3 In bepaalde gevallen – bijvoorbeeld bij een faillissement – ontnemt de wet aan de eigenaar de bevoegdheid om over zijn goederen te beschikken. Vgl. art. 23 Fw.

4 Zie Snijders & Rank-Berenschot 2017/362 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/285.

het intreden van goederenrechtelijke gevolg – valt ook de bezwaring van het goed met beperkte rechten onder het toepassingsbereik van de nemo-plusregel. Zo wordt het feit dat de eigenaar van een met een beperkt recht bezwaard goed slechts beschikkingsbevoegd is voor zover hij beschikt over dat goed in bezwaarde toestand, als een toepassing van de nemo-plusregel beschouwd.⁵

Uit de ruime uitleg van het begrip ‘overdragen’ is de opvatting geboren dat de nemo-plusregel tevens grondslag biedt voor een rangorderegel voor een conflict tussen verschillende beperkte rechten. Na de totstandkoming van een beperkt recht is de eigenaar in die opvatting nog slechts bevoegd om over het met dat recht bezwaarde goed te beschikken. Als die beschikking bestaat in de vestiging van een tweede beperkt recht op dat goed, dan staat het later gevestigde recht achter bij het eerder gevestigde recht. De ouder gerechtigde kan namelijk aan de verkrijger van het jongere recht tegenwerpen dat degene die het tweede recht vestigde daartoe niet beschikkingsbevoegd was.⁶ Deze veronderstelling vormt voor de Duitse wetgever van het BGB de reden om de codificatie van de prioriteitsregel achterwege te laten:

‘An der hand der Rechtslogik ergibt sich unter anderem daß [...], weil Niemand mehr Recht übertragen kann, als er hat, das frühere an einer Sache bestellte Recht dem später bestellten Rechte vorgeht.’⁷

Voor het Nederlandse recht verklaart Suijling in dezelfde zin kort en bondig dat – ofschoon de prioriteitsregel nergens in het BW van 1838 in zijn volle algemeenheid is uitgesproken –

‘[h]ij [lees: de prioriteitsregel] volgt uit het beginsel, dat niemand meer recht kan verleenen dan hijzelf bezit.’⁸

Ook in het nieuwe BW is de prioriteitsregel niet met zoveel woorden opgenomen. De Toelichting Meijers bij de algemene opmerkingen van boek 5 vermeldt daarover het volgende:

‘De regel dat, indien twee zakelijke rechten met elkaar in botsing komen, het oudere recht voorrang heeft boven het jongere [...] wordt wel gebaseerd op het beginsel, dat niemand meer rechten kan verlenen dan hij zelf heeft.’⁹

5 Zie bijvoorbeeld Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/141. Naar hierna in par. 7.2.4 zal worden verdedigd, is de verandering van de positie van de eigenaar evenwel gelegen in de verandering van de goederenrechtelijke status van het goed. Van een beperking in de beschikkingsbevoegdheid is in het geheel geen sprake. Zie hierover De Jong, diss. 2006, p. 77.

6 Zie voor deze redenering PG Boek 5 BW, p. 3.

7 Zie Mugdan I, p. 505 en Mugdan III, p. 124 en 125. Deze opvatting wordt ook in de Duitse literatuur breed gedragen. Zie MünchKomm/Kohler § 879 Rn 17 en Wilhelm 2016, p. 300.

8 Suijling V, nr. 82.

9 PG Boek 5 BW, TM, p. 3.

7.2.2 De voorstelling van het beperkte recht als een vorm van overdracht

De opvatting dat onder het overdragen van het goed ook de bezwaring ervan met beperkte rechten moet worden begrepen gaat terug op de Pandektenwetenschap. De Pandektisten hebben de wijze waarop de vestiging van een beperkt recht kan worden vormgegeven uitvoerig uiteengezet.¹⁰ Zij onderkennen enerzijds dat met de vestiging van een beperkt goederenrechtelijk recht een nieuw recht ontstaat ten behoeve van de beperkt gerechtigde, maar zien in de verlening van een beperkt recht tevens een afgeleide verkrijging omdat het nieuwe recht is gebaseerd op het recht van de verlener.¹¹ Deze constructie van het beperkte recht wordt een constitutieve overdracht genoemd.¹² Dernburg verduidelijkt deze constructie aan de hand van de vestiging van een vruchtgebruik:

‘Der Eigenthümer, welcher den Nießbrauch bestellt, hatte ein derartiges Recht als besonderes nicht. Das Nießbrauchsrecht wird also nicht übertragen, sondern geschaffen. Aber es entsteht nur, falls der Besteller Eigenthümer war; daher liegt derivativer Erwerb vor.’¹³

De ruime interpretatie die aldus aan het begrip overdracht is gegeven brengt mee dat overdracht (*Veräußerung*) zowel in een vervreemding (translatieve overdracht) als een bezwaring (constitutieve overdracht) kan bestaan. Bij de samenstelling van het BGB is door de Duitse wetgever deze ruime uitleg gevolgd:

‘Der Begriff der Veräußerung umfaßt im Allgemeinen nicht bloß das Aufgeben der Substanz eines Rechtes (Übertragung und Aufhebung des Rechtes), sondern auch die Belastung eines Rechtes oder einer Sache.’¹⁴

Overigens heeft de Duitse wetgever van het BGB in dit kader gepoogd om een terminologische wijziging aan te brengen, maar deze niet consequent doorgevoerd. Het begrip *Veräußerung* heeft men in zijn beperkte betekenis (*Übertragung* en *Aufhebung*) willen aanwenden. Daarnaast doet een nieuw overkoepelend begrip – te weten *Verfügung* – zijn intrede dat kan worden gedefinieerd als iedere rechtshandeling waardoor op een bestaand vermogensrecht wordt ingewerkt met als gevolg dat het recht wordt overgedragen,

10 De Franse rechtsontwikkeling is in dit kader niet noemenswaardig. De nemo-plusregel heeft immers, althans voor wat betreft roerende zaken, onder de invloed van het beginsel van ‘possession vaut titre’ behoorlijk aan betekenis ingeboet. Zie hierboven p. 109.

11 Dernburg, Pandekten I (1894), p. 188, Regelsberger 1893, p. 443 en Windscheid/Kipp I (1906), p. 304.

12 Gesproken wordt van *konstitutive Übertragung* (Dernburg) en *konstitutive Rechtsnachfolge* (Regelsberger). Constitutieve overdracht wordt onderscheiden van translatieve overdracht. Bij laatstgenoemde overdracht gaat het volle recht over op een nieuw rechtssubject zonder dat een nieuw recht ontstaat.

13 Dernburg, Pandekten I (1894), p. 188.

14 Mugdan I, p. 470.

belast, inhoudelijk verandert of teniet wordt gedaan.¹⁵ Ten aanzien van het vestigen van een beperkt recht vermelden de *Motive*:

‘Sie fällt unter den Begriff der Veräußerung im weiteren Sinne.’¹⁶

Voor het Nederlandse recht is de door de Pandektisten uitgewerkte constructie van de vestiging van een beperkt recht als een wijze van afgeleide verkrijging, verdedigd door Suijling die eveneens de translatieve van de constitutieve overdracht onderscheidt.¹⁷ Suijling licht als volgt toe wat er bij de vestiging van een beperkt recht gebeurt:

‘Formeel ontstaan dan nieuwe rechten ten bate van de hypotheekhouder, de pandhouder, de vruchtgebruiker of de erfpachter (art. 767, 803, 1196, 1208, enz.). In werkelijkheid heeft er echter overdracht plaats, want alleen bevoegdheden, die in het bezwaarde moederrecht zijn begrepen, kunnen daarop als zelfstandige lasten gevestigd worden.’¹⁸

De zienswijze van de vestiging van een beperkt recht als afgeleide rechtsverrijking wordt overgenomen door Eggen die de constitutieve overdracht definieert als

‘die betrekkelijke overdracht, waardoor de verkrijger eene *andere* kwaliteit verkrijgt dan de overdrager had en behoudt, dus een bepaald *kwalitatief* deel van het recht, wat dan dus niet meer in *al* zijn kwaliteiten aan den vervreemder verblijft, maar in een bepaald *kwalitatief* opzicht is overgedragen aan de verkrijger, zoals het geval is bij de verleening van zakelijke rechten.’¹⁹ (cursiveringen in origineel)

De vestiging van een beperkt recht heeft als zogenoemde constitutieve overdracht een constitutief en een derivatief element. Het feit dat er een nieuw, tevoren niet bestaand recht wordt geschapen ten bate van de beperkt gerechtigde – vandaar het adjectief ‘constitutief’ – onderscheidt deze van een translatieve verkrijging waarbij het gaat om een reeds bestaand goed. De verkrijging draagt ook een derivatief kenmerk.²⁰ Dat Suijling daarbij geen

15 Dit volgt uitdrukkelijk uit Mugdan III, p. 422 waarin beide begrippen na elkaar worden toegelicht. Een begripsomschrijving ontbreekt echter. De gebezigde begripsomschrijving van *Verfügung* is terug te vinden in de literatuur bij § 185 BGB ter zake van de ‘*Verfügung*’ door een niet-gerechtigde. Zie Staudinger/Gursky § 185, Rn 4 en 5. Gelet op de definitie verstaat het Duitse recht onder ‘*Verfügen*’ niet hetzelfde als het Nederlandse recht onder ‘beschikken’. Het verfügungsbegrip kan tevens in het verbintenissenrecht worden toegepast. Zo gelden naar Duits recht bijvoorbeeld ook kwijtschelding en schuldovername als *Verfügungen*.

16 Mugdan III, p. 124.

17 Zie Suijling I, nr. 192. Zie uitgebreid over de constructie van het beperkte recht naar Nederlands recht voor de invoering van het nieuwe BW Mollema, diss. 2013, p. 67 e.v.

18 Suijling I, nr. 192.

19 Eggen, *WPNR* 1939/3651, p. 615.

20 Ook Opzoomer kwam tot dit inzicht. Hij beschouwt de vestiging van een beperkt recht als een overdracht. Aan de hand van de verlening van een vruchtgebruik maakt hij duidelijk dat de eigenaar het vruchtgebruik dat deel uitmaakt van de eigendom van de verlener op de vruchtgebruiker overdraagt. Zie Opzoomer III, p. 336 en 337.

daadwerkelijke overdracht van een deel van de eigendom voor ogen staat, blijkt uit het feit dat hij het beperkte recht als een belasting – en niet als een afsplitsing van een bestanddeel – van de eigendom construeert.²¹ Suijling beschouwt het eigendomsrecht immers als onsplitsbaar.²² Het derivatieve element moet dan toch daarin worden gezien dat de verkrijging door de beperkt gerechtigde bestaat uit bevoegdheden die van de eigendom zijn afgeleid. Niet een brokstuk van de eigendom, maar een deel van de in het moederrecht begrepen bevoegdheden gaat over op de beperkt gerechtigde.²³ Suijling licht toe:

‘Slechts feitelijk voert de vestiging van dergelijke [beperkte] rechten tot een splitsing der in den eigendom begrepen bevoegdheden tusschen eigenaar en zakelijk gerechtigde. Ondanks de vestiging van een vruchtgebruik, een erfpacht, een hypotheek enz. blijft de eigendom in juridisch opzicht steeds in zijn geheel.’²⁴

Ook onder het huidige Burgerlijk Wetboek wordt onderkend dat de beperkt gerechtigde een op enigerlei wijze afgeleid recht verkrijgt. De vereisten voor overdracht gelden immers volgens de schakelbepaling van art. 3:98 BW ook voor de vestiging van een beperkt recht. Meijers bestempelt in zijn toelichting op art. 3:98 BW de vestiging van een beperkt recht uitdrukkelijk als een wijze van overdracht.²⁵

Het is opmerkelijk dat de Duitse wetgever alsook Suijling en Meijers de prioriteitsregel in verband brengen met de overdracht van bevoegdheden aan de beperkt gerechtigden. Aangezien zij allen de eigendom als een onsplitsbaar recht beschouwen en dientengevolge de vestiging van een beperkt recht construeren als bezwaring – en niet als afsplitsing – van de eigendom, lijkt in deze motivering een tegenstrijdigheid besloten te liggen.

7.2.3 Een op beschikkingsbevoegdheid gebaseerde verklaring voor de prioriteitsregel

Uit de *Motive* op de rangorderegeling tussen verschillende op dezelfde onroerende zaak gevestigde rechten blijkt dat het oudste recht de jongere rechten voorgaat omdat na de verlening van een beperkt recht de eigenaar de zaak nog slechts kan ‘*verfügen*’ voor zover hij reeds bestaande beperkt gerechtigden niet hindert:

21 Terugverwezen wordt naar Suijling V, nr. 81.

22 Suijling V, nr. 306. Ook Diephuis had zich al eerder verzet tegen de opvatting waarin het beperkte recht als een deel van de eigendom wordt beschouwd. De eigendom is volgens Diephuis geen uit verschillende delen samengesteld geheel. Zie Diephuis VI, p. 474.

23 Zie Suijling I, nr. 61a en Suijling V, nr. 306. Anders Opzoomer III, p. 337.

24 Suijling V, nr. 9.

25 Zie PG Boek 3 BW, TM, p. 404. Zie hierover ook Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 108 en 109.

‘Es kann daher nach dem Satze der Rechtslogik, daß Niemand mehr Rechte auf einen Anderen übertragen kann, als er selber hat, über das Grundstück nur unbeschadet der das Eigenthum belastenden Rechte verfügt, das Eigenthum nur insoweit, als es sich mit der Ausübung eines solchen Rechtes verträgt, von dem Eigenthümer ausgeübt werden.’²⁶

Deze redenering van de Duitse wetgever aan de hand van het begrip ‘*Verfügen*’ waaronder mede het vestigen van beperkte rechten wordt begrepen, brengt mee dat het vestigen van opvolgende beperkte rechten slechts onder respectering van de reeds gevestigde rechten kan plaatsvinden.

Volgens Suijling voert, zoals hierboven is beschreven, de vestiging van een beperkt recht slechts tot een feitelijke splitsing van bevoegdheden.²⁷ De eigenaar moge dan formeel na de verlening van een beperkt recht in juridisch opzicht in zijn geheel eigenaar blijven, de gevolgen treffen echter niet slechts zijn feitelijke bevoegdheden. Ter zake van de hypotheekverlening door de eigenaar van een reeds bezwaard goed stelt Suijling namelijk dat:

‘[d]e eigenaar van onvrij goed slechts onvrij goed [kan] verbinden.’

De eerste bezwaring van het goed raakt derhalve niet alleen de feitelijke maar ook de juridische bevoegdheden. De bevoegdheid om opvolgende beperkte rechten te vestigen wordt immers in die zin beperkt dat alleen het bezwaarde goed kan worden belast. Er lijkt daarmee een inconsistentie te zitten in de opvatting van Suijling die elders bepleit dat het eigendomsrecht slechts in zijn totaliteit kan worden belast.²⁸

Op diezelfde lijn zit Meijers als hij in zijn Algemene begrippen betoogt dat na de vestiging van een goederenrechtelijk recht het hoofdrecht blijft bestaan, zij het dan met verminderde bevoegdheden.²⁹ Meijers illustreert de vestiging van een beperkt recht met de metafoor van de elastische bal.³⁰ Het beperkte recht oefent druk uit op het hoofdrecht dat na het wegvallen van het beperkte recht weer zijn oorspronkelijke vorm en grootte inneemt. Deze voorstelling van het beperkte recht suggereert dat Meijers dit recht veeleer ziet als een belasting dan als een afsplitsing van een deel van de eigendom.³¹ In zijn toelichting op het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek wordt echter onmiskenbaar het beperkte recht voorgesteld als een afsplitsing van de eigendom:

26 Mugdan III, p. 124 en 125.

27 Anders Diephuis VI, p. 474 en Opzoomer III, p. 225.

28 Zie Suijling V, nr. 81.

29 Zie Meijers 1948, p. 281. Zie in deze zin Struycken, diss. 2007, p. 363 e.v. Kritisch ten aanzien van de afsplitsingstheorie zijn De Jong, diss. 2006, p. 15 en Mollema, diss. 2013, p. 141 en 142.

30 Zie Meijers 1948, p. 281. Deze metafoor is overgenomen van Van Oven 1948, p. 60 en komt thans nog voor bij Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/11 waar wordt gesproken van ‘elastieke bal’.

31 Zie in deze zin Mollema, diss. 2013, p. 130.

‘De vestiging van een beperkt recht kan als een wijze van overdracht van bepaalde bevoegdheden uit dat recht worden beschouwd.’³²

In gelijkkluidende zin bepaalt de toelichting op het uiteindelijke art. 3:81 BW:

‘Vestiging van een beperkt recht is een beschikken over een gedeelte van de bevoegdheden, die aan hem, die het recht vestigt, toekomen.’³³

Uit deze afsplitsing van bevoegdheden vloeit voort dat een ouder beperkt gerechtigde geen hinder kan ondervinden van een jonger beperkt gerechtigde:

‘Het is niet nodig geoordeeld de bedoelde regel [lees: prioriteitsregel] uitdrukkelijk in het ontwerp neer te leggen, aangezien het ontwerp de vestiging van een zakelijk recht ziet als een wijze van overdracht van bepaalde bevoegdheden uit het oorspronkelijke recht [...]’³⁴

Het feit dat uit de nemo-plusregel de rangorde tussen verschillende beperkt gerechtigden volgt, impliceert dat de opvolgende beperkt gerechtigde een *ander* goederenrechtelijk recht – te weten een beperkt recht onder respectering van het eerder gevestigde recht – heeft verkregen dan de eerste beperkt gerechtigde. In het hierboven door Suijling genoemde geval van een dubbele hypotheekverlening kan de eigenaar immers ten behoeve van de tweede hypotheeknemer slechts een onvrij goed verbinden. Zulks doet aanvoelen dat bij de eerste hypotheekverlening toch een deel van de bevoegdheden is overgedragen op de eerste hypotheeknemer. Meijers erkent op minder verholde wijze dat de bevoegdheid om over de zaak te beschikken wordt beperkt door de vestiging van beperkte rechten.

7.2.4 Kritiek

Het beschouwen van de prioriteitsregel als een gevolg van de nemo-plusregel komt erop neer dat een beperkt recht wordt geconstrueerd als een van de eigendom afgesplitst recht. Na de verlening van een beperkt recht mist de eigenaar in deze visie de bevoegdheid om nogmaals hetzelfde recht te vestigen. Het recht dat een opvolgende beperkt gerechtigde verkrijgt, ontleent hij aan een zaak die reeds met een goederenrechtelijk recht ten behoeve van een ander is bezwaard. Hij dient om die reden het recht van de eerste beperkt gerechtigde te respecteren. Hiermee komt de prioriteitsregel tot uiting.

32 PG Boek 3 BW, TM, p. 404.

33 PG Boek 3 BW, TM, p. 309.

34 PG Boek 5 BW, TM, p. 3.

Deze opvatting suggereert dat de eigenaar na de verlening van een beperkt recht op zijn zaak nog slechts ‘beperkt beschikkingsbevoegd’ is.³⁵ Uit de toelichting van Meijers volgt dat bij een meervoudige bezwaring:

‘[degene] die het oudere recht kreeg, derhalve aan de verkrijger van het jongere recht [kan] tegenwerpen, dat hij die dit laatste recht vestigde, niet beschikkingsbevoegd was met betrekking tot die bevoegdheden, welke hij bij de vestiging van het eerste recht overdroeg.’³⁶

Toch wordt de term ‘beperkte beschikkingsbevoegdheid’ niet door Meijers gehanteerd. In de latere parlementaire behandeling van het NBW heeft de minister bovendien duidelijk gemaakt dat de vestiging van een beperkt recht niet – zoals Suijling ook al had betoogd – tot enige ‘losmaking’ maar tot een bezwaring van het hoofdrecht leidt.³⁷ De zogenoemde ‘afsplitsingstheorie’ wordt hier uitdrukkelijk verworpen.³⁸

De vestiging van het beperkte recht wordt doorgaans als een bezwaring van de eigendom geconstrueerd.³⁹ Slechts bij wijze van uitzondering – en wel ter onderbouwing van de prioriteitsregel – wordt het recht afgespiegeld als een van de eigendom afgesplitst recht. Het verdient dan ook aanbeveling om aan de door Meijers gegeven motivering van de prioriteitsregel geen vergaande conclusies te verbinden voor de constructie van het beperkte recht. Overigens is het maar zeer de vraag of Meijers op deze plaats het thema van de constructie van het beperkte recht heeft willen aansnijden. Het heeft er alle schijn van dat Meijers omwille van praktische eenvoud, duidelijkheid en didactiek – hij stond immers bekend als pragmaticus die een begrijpelijke weergave van de inhoud van rechtsregels voorstond⁴⁰ – het beeld van de overdracht van bevoegdheden heeft willen gebruiken als hulpmiddel ter verdediging van de toch al onomstreden prioriteitsregel. Dit hulpmiddel bood tevens uitkomst ter onderbouwing van het uiteindelijke art. 3:98 BW waarmee de regels van overdracht van een goed van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de vestiging van een beperkt recht. Het gebruik van dit hulpmiddel heeft evenwel niet tot gevolg dat de vestiging van een beperkt recht dogmatisch moet worden opgevat als een overdracht

35 Deze term wordt tussen aanhalingstekens geplaatst omdat – zoals hierna aan de orde zal komen – naar mijn mening van beperkte beschikkingsbevoegdheid geen sprake is. Beschikkingsbevoegdheid is een tweewaardig begrip in die zin dat men het wel of niet is.

36 PG Boek 5 BW, TM, p. 3. Ten aanzien van roerende zaken biedt art. 3:86 BW via de schakelbepaling van art. 3:98 BW in bepaalde gevallen bescherming aan de beperkt gerechtigde te goeder trouw tot een reeds met een beperkt recht bezwaarde zaak. Strikt genomen vervalt het eerder gevestigde beperkte recht bij een geslaagd beroep op deze beschermingsbepaling.

37 PG Boek 3 BW, MvA II, p. 92.

38 Zie ook Mollema, diss. 2013, p. 141 die – anders dan Struycken, diss. 2007, p. 363 – meent dat de afsplitsingstheorie niet ten grondslag ligt aan het nieuwe BW.

39 Zie Suijling V, nr. 306, Diephuis VI, p. 474, Meijers 1948, p. 281 en PG Boek 3 BW, MvA II, p. 92.

40 Zie bijvoorbeeld Meijers, diss. 1903, p. 202 en 203.

van bepaalde bevoegdheden van de eigenaar.⁴¹ Een beperkt recht vormt een bezwaring van het goed van de eigenaar met een nieuw, te voren niet bestaand recht.⁴²

Het beschouwen van de prioriteitsregel als een gevolg van de nemo-plusregel veroorzaakt derhalve een tegenstrijdigheid in de wijze waarop het beperkte recht moet worden geconstrueerd. Daarnaast legt de ontleding van de toepassing van de prioriteitsregel nadere pijnpunten bloot van deze theorie. Bij een opvolgende vestiging van beperkte rechten moeten verschillende situaties worden onderscheiden. Van de zekerheidsrechten kunnen de genotsrechten worden onderscheiden die weer kunnen worden onderverdeeld in rechten die al dan niet gepaard gaan met de uitoefening van de exclusieve heerschappij over de zaak. Zo zullen bepaalde beperkte rechten op dezelfde zaak niet met elkaar in botsing komen. Meerdere rechten van erfdienstbaarheid – met name de zogenoemde voortdurende erfdienstbaarheden⁴³ – kunnen probleemloos naast elkaar worden uitgeoefend. Dergelijke situaties vallen blijkens de parlementaire geschiedenis buiten het toepassingsbereik van de prioriteitsregel omdat deze regel alleen werking heeft als twee goederenrechtelijke rechten met elkaar in botsing komen.⁴⁴ Deze voorwaarde stelde Meijers eerder ook al in zijn Algemene begrippen voor de toepassing van de prioriteitsregel.⁴⁵ Dat betekent dat er geen rangorde bestaat tussen meerdere gerechtigden tot een dergelijke erfdienstbaarheid. Mocht er niettemin een rangorde tussen colliderende rechten moeten worden vastgesteld, laat de vestiging van een recht van erfdienstbaarheid zich bovendien bezwaarlijk kwalificeren als een overdracht van enkele bevoegdheden van de eigenaar van het dienende erf op de eigenaar van het heersende erf. De bevoegdheden worden immers de eigenaar van het dienende erf niet ontnomen.⁴⁶ Hij moet slechts dulden dat – na bijvoorbeeld de verlening van een recht van overpad – de beperkt gerechtigde een recht op zijn zaak kan doen gelden. Het is daarnaast de vraag of bepaalde erfdienstbaarheden naar hun aard beschouwd überhaupt wel bestaan uit bevoegdheden die door de eigenaar van het dienende erf zijn overgedragen op de eigenaar van het heer-

41 Zie Mollema, diss. 2013, p. 134.

42 Zie voor de kwalificaties bezwaring respectievelijk belasting van het goed De Jong, diss. 2006, p. 77 en Mollema, diss. 2013, p. 172 e.v. Mollema, diss. 2013, p. 275 concludeert op rechtshistorische en systematische gronden tot verwerping van het afsplitsingsmodel.

43 Vgl. art. 724 OBW: 'Voortdurende erfdienstbaarheden zijn dezoodanige welke gebruik voortduurt of kan voortduren, zonder dat daartoe des menschen toedoen nodig zij; van dien aard zijn de waterlopen, het gootregt, het uitzigt en andere dergelijke.' Het onderscheid tussen voortdurende en niet-voortdurende erfdienstbaarheden is nog terug te vinden in art. 688 Code civil.

44 Zie PG Boek 5 BW, TM, p. 3.

45 Meijers 1948, p. 270.

46 Zie De Jong, diss. 2006, p. 15 en Mollema, diss. 2013, p. 49.

sende erf. Zo is een recht van uitzicht geen bevoegdheid die als zodanig van de eigendom wordt afgesplitst, maar slechts de eigendomsbevoegdheden beperkt.⁴⁷

In de gevallen waarin meerdere beperkte rechten niet probleemloos in onderlinge concurrentie kunnen worden uitgeoefend – men denke aan twee rechten van vruchtgebruik, erfpacht, meerdere zekerheidsrechten of een combinatie hiervan – leidt blijkens de parlementaire geschiedenis de verlening van het eerste recht ertoe dat de eigenaar wordt beperkt in zijn bevoegdheid om opvolgende rechten te vestigen. De verkrijger van het oudere recht kan dan – in de hierboven in par. 7.2.2 beschreven opvatting dat het beperkt recht een afgesplitst deel van de eigendom vormt – aan de jonger beperkt gerechtigde tegenwerpen dat de eigenaar niet beschikkingsbevoegd was om de betreffende bevoegdheden aan die ander te verlenen.⁴⁸ Toch lijkt de concurrerende verhouding tussen de beperkt gerechtigden geen kwestie die moet worden opgelost aan de hand van de beschikkingsonbevoegdheid bij de verlener. Het recht ten behoeve van de tweede beperkt gerechtigde is niet verleend door een beschikkingsonbevoegde. Het recht komt rechtsgeldig tot stand zonder dat daarvoor een beroep op een derdenbeschermingsbepaling is vereist. Het voldoet aan alle wettelijke vestigingsformaliteiten. De gerechtigde kan zijn goederenrechtelijke recht doen gelden tegenover iedereen met uitzondering van de ouder beperkt gerechtigde.⁴⁹ Aangezien een mogelijk conflict bij gelijktijdige uitoefening alleen de verhouding tussen de beperkt gerechtigden betreft, ontbreekt een goede reden om hun rangorde langs de weg van de totstandkomingsvereisten te regelen. Daar komt bij dat het moeilijk te verdedigen is dat een opvolgend recht – dat dus zou zijn gevestigd door een ‘beperkt beschikkingsbevoegde’ – na het tenietgaan van een eerder gevestigd recht uitgroeit tot een recht als ware het zonder beschikkingsbevoegdheidsgebrek tot stand gekomen. Aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid dient immers in beginsel ten tijde van de vestiging te worden getoetst.⁵⁰ Bovendien moet beschikkingsbevoegdheid worden beschouwd als een tweewaardig begrip in die zin dat men het wel of niet is.⁵¹ Ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat men in dit kader niet toekomt aan de toepassing van het leerstuk van convalescentie omdat

47 Zie in dezelfde zin De Jong, diss. 2006, p. 75 die opmerkt dat de beperking die de eigenaar door de vestiging van een beperkt recht ondervindt, niet het gevolg is van het feit dat er bevoegdheden uit het eigendomsrecht zijn gesnoeid. Aangezien een beperkt gerechtigde naast de eigenaar een eigen goederenrechtelijk recht heeft op de zaak is de goederenrechtelijke status van de zaak beslissend voor de positie van de eigenaar.

48 PG Boek 5 BW, TM, p. 3.

49 Dat kan meebrengen dat een jonger beperkt recht teniet gaat op het moment dat een oudere zekerheidsnemer van zijn recht van parate executie gebruik maakt. De veilingkoper hoeft het jongere recht in beginsel niet te eerbiedigen.

50 Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/286.

51 Zie De Jong, diss. 2006, p. 77.

de opvolgend beperkt gerechtigde onmiddellijk – en dus niet eerst na het verrichten van een rechtshandeling – een geldig recht verkrijgt.⁵²

Het bovenstaande bij elkaar genomen wekt sterk de indruk dat de nemo-plusregel onderwerp is geweest van een didactische tendens die zich heeft gemanifesteerd in een concrete rechtsregel die als gevolg van pogingen om te komen tot een systematische ordening een steeds ruimere toepassing heeft gekregen en uiteindelijk uitmondde in een hulpmiddel ter verdediging van de prioriteitsregel. Met behulp van het beeld dat bij de vestiging van een beperkt recht een deel van het hoofdrecht wordt overgedragen kan immers zeer wel duidelijk worden gemaakt dat in het geval van een dubbele vestiging de oudste beperkt gerechtigde een sterker recht heeft dan de gerechtigde ten bate van wie later een recht is gevestigd. Deze verklaring voor de prioriteitsregel moge dan vanuit het oogpunt van didactiek zeer bruikbaar zijn, hij schiet dogmatisch gezien tekort en gaat bovendien uit van een onjuiste lezing van de nemo-plusregel en een onjuiste constructie van het beperkte recht. De beschikkingsbevoegdheid – die overigens als vereiste voor een rechtsgeldige overdracht c.q. verlening van een goederenrechtelijk recht juist wel degelijk uit de nemo-plusregel kan worden gedistilleerd – wordt niet aangetast na de verlening van een beperkt recht.⁵³ Een beperkt recht moet worden beschouwd als een belasting van – en niet als afsplitsing van – een goed met een nieuw, te voren niet bestaand recht.⁵⁴ Het komt mij voor dat de rol van de nemo-plusregel voor het Nederlandse recht derhalve is beperkt tot een rechtsbeginsel – er zijn immers uitzonderingen op – dat mede ten grondslag ligt aan art. 3:84 BW.

52 Zie art. 3:58 BW dat betrekking heeft op rechtshandelingen die het beoogde rechtsgevolg missen wegens het ontbreken van een door de wet voor de geldigheid gesteld vereiste. Zie PG Boek 3 BW, TM, p. 248. De vestiging van een opvolgend beperkt recht mislukt immers niet vanwege het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid. Na bezwaring van de zaak is de eigenaar niet beschikkingsonbevoegd geworden.

53 Zie ook De Jong, diss. 2006, p. 77 die opmerkt dat de vestiging van een beperkt recht geen graduele aantasting is van het eigendomsrecht en dat daarom ook geen sprake is van een graduele aantasting van de beschikkingsbevoegdheid.

54 Zie voor de kwalificatie als bezwaring De Jong, diss. 2006, p. 77 en Mollema, diss. 2013, p. 173 en 174, al betoogt Mollema dat de bezwaring niet alleen ziet op de zaak, maar tevens op de eigendom, omdat zij eigendom en zaak beschouwt als twee aanduidingen van hetzelfde begrip. Zie Mollema, diss. 2013, p. 144.

7.3 HET KARAKTER VAN HET GOEDERENRECHTELIJKE RECHT

7.3.1 Het onderscheid tussen goederenrechtelijke en persoonlijke rechten

Het hedendaagse Nederlandse vermogensrecht gaat uit van een fundamentele tweedeling binnen de subjectieve rechten.⁵⁵ De rechten op een goed (goederenrechtelijke rechten) worden onderscheiden van de rechten tegen een persoon (persoonlijke rechten).⁵⁶ Hoewel deze onderverdeling Romeinsrechtelijk oogt,⁵⁷ heeft eerst Hugo de Groot deze tegenstelling tot uitgangspunt genomen voor de systematische behandeling van het privaatrecht.⁵⁸ In zijn Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid deelt hij het vermogensrecht op in 'beheering' en 'inschuld'.⁵⁹ Deze indeling heeft grote invloed gehad op de latere Nederlandse en Duitse rechtswetenschap. Zo heeft de Nederlandse wetgever van 1838, hoewel inhoudelijk en tekstueel sterk leunend op de Code civil, ten aanzien van de indeling van het wetboek voortgebouwd op het Rooms-Hollandse recht.⁶⁰ In het nieuwe Burgerlijk Wetboek van 1992 is de splitsing in goederenrechtelijke rechten en verbintenissen gehandhaafd,⁶¹ zij het in enigszins andere vorm.⁶² Ook het Duitse BGB gaat uit van een – in de pandektistiek tot volle wasdom gekomen – scherp onderscheid tussen goederenrechtelijke en persoonlijke rechten.⁶³

55 Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/22, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/22 en Snijders & Rank-Berenschot 2017/69 e.v.

56 Er zijn diverse pogingen gedaan om het onderscheid tussen goederenrechtelijke en persoonlijke rechten van een allesomvattend en zuiver criterium te voorzien. Betreffend onderscheid wordt bestempeld als de 'klassieke leer'. Zie Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 36-38.

57 De onderscheiding vormt wel degelijk een vrucht van het Romeinse recht, maar men dient zich te beseffen dat het Romeinse recht zelf op casuïstische wijze werd beoefend en slechts een verschil kende tussen persoonlijke en goederenrechtelijke rechtsvorderingen (*actiones*). Een dergelijke tweedeling binnen het materiële vermogensrecht is het Romeinse recht vreemd. Zie Feenstra 1979, p. 6 en 7, Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 13-17 en Zwalve 2006, p. 78.

58 Zie Feenstra 1979, p. 24 en 25 en Zwalve 2006, p. 79.

59 De hoofdingeling van De Groots Inleiding is in drie boeken: Personen- en familierecht, Zakenrecht (Beheering) en Verbintenissenrecht (Inschuld).

60 Op dit punt is het wetsontwerp van Kemper gevolgd dat kan worden beschouwd als het sluitstuk van de bloeiperiode van het Rooms-Hollandse recht. Zie Asser-Scholten (Algemeen deel) 1974, p. 175 en Lokin & Zwalve 2014, p. 372. Kempers ontwerpen hanteren dezelfde hoofdingeling als De Groots Inleiding met dien verstande dat aan Kempers ontwerpen een vierde hoofdstuk 'Van rechtsmiddelen tot handhaving van regt' is toegevoegd. Overigens bevat het BW van 1838 geen expliciete vermelding van het onderscheid, in tegenstelling tot het Ontwerp van 1820. Zie art. 971 en 972, De Bosch Kemper 1864, p. 112.

61 Zie PG Alg. Deel, p. 123. Met de invoering van het NBW is niet gestreefd naar een op geheel nieuwe grondslagen berustend burgerlijk recht.

62 Zie PG Alg. Deel, p. 133 en 134. Een algemeen aan het vermogensrecht gewijd deel gaat vooraf aan een behandeling van vermogensrechten, onderscheiden naar het voorwerp van het recht. Op de goederenrechtelijke rechten (aldus verspreid over de boeken 3 en 5) volgt het verbintenissenrecht.

63 Mugdan III, p. 1. Aan het *Sachenrecht* wordt in navolging van de Pandektisten een apart boek toegekend.

7.3.2 Absolute werking

Een van de belangrijkste aspecten waarop een goederenrechtelijk recht zich in de praktijk onderscheidt van een persoonlijk recht is de absolute werking.⁶⁴ Dat wil zeggen dat een recht op een goed tegen eenieder kan worden ingeroepen. Meijers beseft dat het trekken van een scherpe grenslijn tussen goederenrechtelijke en persoonlijke rechten niet mogelijk is.⁶⁵ Hij beschouwde deze onderscheiding als een doelonderscheiding en kwam tot een classificatie aan de hand van normaaltypen. Aan het doel dat het goederenrechtelijke recht nastreeft,⁶⁶ beantwoordt het normaaltype dat is opgebouwd uit een negental door Meijers opgesomde eigenschappen.⁶⁷ De absolute werking komt in het bijzonder naar voren in de volgende door Meijers genoemde eigenschap:

‘2. Daarnaast legt het recht op ieder ander de verplichting om zich te onthouden van daden, die op het voorwerp van het recht inwerken of die de rechthebbende in zijn genot storen. Deze verplichting is bij het normale type van een zakelijk recht absoluut zowel in statische als in dynamische zin; in statische zin is de verplichting absoluut wanneer op een gegeven ogenblik deze verplichting op een ieder rust. In dynamische zin is zij absoluut, wanneer de verplichting voor een ieder blijft bestaan, onverschillig de wijzigingen die in de persoon van de eigenaar of de bezitter van de zaak intreden.’⁶⁸

Toegespitst op een beperkt gerechtigde brengt de absolute werking mee dat ook eventuele opvolgende beperkt gerechtigden zich dienen te onthouden van ‘daden die op het voorwerp van het recht inwerken of die de rechthebbende in zijn genot storen’. Opvolgende rechten komen weliswaar rechtsgeldig tot stand, maar zij kunnen de reeds gevestigde goederenrechtelijke rechten niet schaden. Deze gedachte strookt met een andere door Meijers opgesomde eigenschap van het goederenrechtelijke recht:

‘8. Indien twee zakelijke rechten niet naast elkaar kunnen bestaan, heeft het oudere voorrang boven het jongere.’⁶⁹

64 Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/25 en 26. Men bedenke zich dat de absolute werking van goederenrechtelijke rechten in een aantal gevallen – zie bijvoorbeeld art. 3:90 lid 2 BW – wordt gerelativeerd en dat tevens soms aan persoonlijke rechten enige absolute werking toekomt.

65 Zie Meijers 1948, p. 30 en 31. De te ordenen stof is immers zo vol schakeringen en overgangsvormen dat niet ieder recht alle kenmerken kan bevatten van de groep waarin het is ondergebracht.

66 Meijers vermeldt het verschaffen van de heerschappij over het goed als het doel dat het goederenrechtelijke recht nastreeft. Het doel is evenwel om een recht op een bepaald goed te kunnen doen gelden. De goederenrechtelijke rechten van hypotheek en erfdienstbaarheid zijn immers niet op de feitelijke heerschappij gericht.

67 Meijers 1948, p. 269 en 270. Benadrukt wordt dat een goederenrechtelijk recht dus niet al deze eigenschappen behoeft te hebben. Meijers beschouwt de eigenschappen als technische hulpmiddelen.

68 Meijers 1948, p. 269.

69 Meijers 1948, p. 270.

De hierin tot uiting gebrachte prioriteitsregel – waarvan de toepassing uitdrukkelijk wordt beperkt tot gevallen waarin rechten niet naast elkaar kunnen bestaan – kan derhalve zeer wel worden verklaard aan de hand van het absolute karakter van het goederenrechtelijke recht. Een beperkt gerechtigde kan zijn recht tegenwerpen aan eenieder die na hem een goederenrechtelijk recht aan de zaak ontleent. Het maakt daarbij geen verschil of het een latere verkrijger of een opvolgende beperkt gerechtigde betreft. Zo zal de beperkt gerechtigde zijn recht jegens een opvolgende verkrijger kunnen doen gelden indien de bloot eigenaar de zaak vervreemdt. Dit betreft in de bewoordingen van Meijers de absolute werking in dynamische zin, het zogenaamde *droit de suite*. Daarnaast zullen eventueel opvolgend beperkt gerechtigden het recht van de oudste beperkt gerechtigde vanwege de absolute werking van diens recht evenzeer tegen zich moeten laten gelden. Indien een later gevestigd recht probleemloos in concurrentie tot een eerder tot stand gekomen recht kan worden uitgeoefend, schendt de gerechtigde tot het jongere recht geenszins zijn verplichting om zich te onthouden van daden die op het voorwerp van het recht inwerken of de eerste beperkt gerechtigde in diens genot storen. De prioriteitsregel blijft in dat geval dan ook buiten toepassing. Indien het latere recht daarentegen wel de werking van het recht van de ouder gerechtigde belemmert, brengt de prioriteitsregel mee dat het oudere voorrang heeft boven het jongere.⁷⁰

De motivering van de prioriteitsregel aan de hand van de absolute werking van goederenrechtelijke rechten is ook terug te vinden bij Dernburg.⁷¹ Het feit dat een conflict tussen pandrechten aan de hand van de prioriteitsregel in het voordeel van de schuldeiser met het oudste recht wordt beslecht, behoeft volgens hem nauwelijks een toelichting:

‘Die Natur des Pfandrechts als *jus in re* bringt es mit sich, daß das einmal begründete Recht Jedem gegenüber, der nicht im Moment der Begründung bereits unantastbare Rechte besaß, geltend gemacht werden kann, daß es also namentlich auch einem Gläubiger gegenüber wirkt, der erst nachher dingliche Rechte erhielt.’⁷²

Aangezien een goederenrechtelijk recht werkt tegenover eenieder – daaronder begrepen een gerechtigde tot een recht met latere datum – beheerst de prioriteitsregel ieder conflict tussen goederenrechtelijke rechten.⁷³

70 Zie in dezelfde zin Snijders & Rank-Berenschot 2017/66.

71 Van een eenduidige opvatting was onder de Pandektisten evenwel geen sprake. Zie bijvoorbeeld anders Regelsberger 1859, p. 4.

72 Dernburg, Pfandrecht II (1864), p. 412.

73 Overigens behandelt Dernburg in dit kader ook de nemo-plusregel en wel voor de situatie waarin de bloot eigenaar de zaak vervreemdt. Het recht van de beperkt gerechtigde werkt dan ook tegen de verkrijger. Vgl. Meijers 1948, p. 269 over de absolute werking in dynamische zin. Hetzelfde heeft te gelden als de bloot eigenaar het recht nogmaals bezwaart ten behoeve van een ander.

7.3.3 Prioriteit versus paritas creditorum

De tegenpool van de prioriteitsregel wordt gevormd door het beginsel van paritas creditorum, de onderlinge gelijkheid van schuldeisers.⁷⁴ Waar goederenrechtelijke rechten vanwege hun absolute karakter rang innemen naar de volgorde van hun ontstaansmoment, staan persoonlijke rechten in beginsel juist ongeacht het moment van hun ontstaan aan elkaar gelijk.⁷⁵ Het tegen elkaar afzetten van deze beginselen markeert het onderscheid tussen goederenrechtelijke en persoonlijke rechten.

Koppelt men de verklaring van de prioriteitsregel aan het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten, dan behoeft zijn verschijning in het verbintenissenrecht een nadere onderbouwing. Aangezien immers voor absolute werking in de obligatoire sfeer in beginsel geen ruimte is, is die er aldus beschouwd evenmin voor de prioriteitsregel. Toch valt de toepassing van de prioriteitsregel ook in bepaalde verbintenisrechtelijke kwesties te bespeuren.⁷⁶ Op deze plaats blijft een volledige behandeling van de ‘verzakelijke’ obligatoire rechten achterwege en wordt alleen stilgestaan bij het geval waarin de Nederlandse wetgever expliciet de toepassing van de prioriteitsgedachte heeft aanvaard, te weten in het kader van botsende rechten op levering.⁷⁷ Art. 3:298 BW bepaalt dat in de onderlinge verhouding tussen twee of meer schuldeisers die ten aanzien van een goed botsende rechten op levering vervolgen, het oudste recht op levering voorgaat. Na bijvoorbeeld een dubbele verkoop hebben twee kopers jegens de verkoper een recht op levering. Deze persoonlijke rechten zijn van eenzelfde gewicht en het staat de debiteur vrij om te kiezen aan wie hij levert respectievelijk jegens wie hij wanprestatie pleegt. Ieder van de schuldeisers heeft een recht op nakoming en kan de debiteur daartoe aanspreken. Pas als het tot een executiegeschil komt – bijvoorbeeld als beide kopers een beslag tot levering leggen – dringt de vraag naar de verhouding tussen beide schuldeisers zich op. Voor gevallen als deze kan een materieelrechtelijke regel volgens de wet-

74 Vgl. voor het huidige recht art. 3:277 BW alwaar de paritas creditorum ter zake van het verhaalsrecht van schuldeisers tot uitdrukking komt.

75 In een conflict tussen een goederenrechtelijk en een persoonlijk recht delft het persoonlijke recht het onderspit als gevolg van het *droit de préférence* van het goederenrechtelijke recht. In de literatuur wordt op meerdere plaatsen abusievelijk *droit de préférence* als synoniem voor de prioriteitsregel aangedragen. Zie bijvoorbeeld Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/31 en Snijders & Rank-Berenschot 2017/66. Het verdient de voorkeur om alleen in de verhouding tussen goederenrechtelijke rechten enerzijds en persoonlijke rechten anderzijds het *droit de préférence* te hanteren.

76 Men pleegt wel te zeggen dat de grens tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht is vervaagd. Overigens is eveneens van de omgekeerde situatie sprake nu ook in het goederenrecht een zekere relatieve werking sluipt. Zo Rank-Berenschot, diss. 1992, hoofdstuk 10. Men zie ook het proefschrift van Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom*, Den Haag: Boom 2009.

77 In par. 9.3 wordt een aantal relevante ‘verzakelijke’ obligatoire leerstukken nader besproken.

gever moeilijk worden gemist.⁷⁸ De keuze voor de vuistregel dat het oudste recht op levering voorgaat, wordt verdedigd met het argument dat deze regel aansluit bij de destijds recente ontwikkelingen in het recht.⁷⁹ Hierbij wordt verwezen naar een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Middelburg waarin wordt overwogen dat 'de eerste koper het eerste recht op levering heeft'⁸⁰ alsmede naar het artikel van regeringscommissaris W. Snijders dat model heeft gestaan voor het uiteindelijke art. 3:298 BW.⁸¹ In dit artikel schetst Snijders vier oplossingen voor de situatie waarin er meerdere gerechtigden tot levering van eenzelfde goed zijn. De oplossing die recht doet aan de *paritas creditorum* – te weten het hanteren van de regel 'wie het eerst komt, die het eerst maalt' door degene die als eerste het goed geleverd weet te krijgen te laten prevaleren – wijst Snijders van de hand omdat het tot grillige resultaten zou leiden.⁸² Ook het aanknopen bij het tijdstip waarop elk van de schuldeisers een bepaalde conservatoire maatregel neemt – zoals het Duitse recht doet – verdient niet de voorkeur.⁸³ Snijders spreekt zijn voorkeur uit voor een stelsel dat uitgaat van een duidelijke regel waarvan de toepassing in het algemeen niet tot grillige resultaten behoeft te leiden.⁸⁴ Dat hij daarbij een goederenrechtelijk beginsel in het verbintenissenrecht toepast, lijkt hij bij gebrek aan een beter alternatief voor lief te nemen. Deze oplossing past tevens het beste bij de rechtspraak van de Hoge Raad waarin onrechtmatigheid jegens de eerste koper werd aangenomen als een latere koper levering aan zichzelf afdwingt en het recht van de eerdere koper kende.⁸⁵

78 PG Boek 3 BW, Eindverslag I, p. 110 en 110 en PG Inv. Boek 3 BW, MvT, p. 1397.

79 PG Inv. Boek 3 BW, MvT, p. 1397.

80 Zie Pres. Middelburg 18 augustus 1978, *NJ* 1979/591, m.nt. W.H. Heemskerk, r.o. 17. In de noot wordt opgemerkt dat het weliswaar een goederenrechtelijk beginsel betreft, maar dat in de jurisprudentie een sterke neiging bestaat om het oudste persoonlijke recht met betrekking tot een bepaalde zaak te laten voorgaan boven latere rechten als de verkrijger van het latere recht van het bestaan van het oudste recht op de hoogte was.

81 Zie Snijders 1980, p. 185-192 waarnaar wordt verwezen in PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397.

82 Niet alleen zal de winst van deze wedloop tussen schuldeisers vaak van toevallige omstandigheden afhangen, deze regel geeft daarnaast geen oplossing voor het geval dat beide schuldeisers conservatoir beslag hebben gelegd en daardoor over en weer de levering aan de ander geblokkeerd hebben. Zie Snijders 1980, p. 186 en 187.

83 Zie Snijders 1980, p. 187-189. Zie voor de oplossing naar Duits recht hierboven, p. 80. De als derde geschetste oplossing – te weten de rechter geheel vrijlaten om naar gelang van de omstandigheden te beslissen – blijft hier buiten beschouwing.

84 Snijders 1980, p. 190-192, hetgeen is overgenomen door de wetgever, zie PG Inv. Boek 3 BW, MvT, p. 1396 en 1397.

85 Zie Snijders 1980, p. 190 die doelt op het arrest HR 17 november 1967, *NJ* 1968/42 (*Pos/Van den Bosch*). Hij merkt verder op dat deze oplossing overeenkomt met wat in Frankrijk en België in geval van een dubbele verkoop voortvloeit uit het daar geldende stelsel. Zie hierover hierboven p. 108.

Het heeft er alle schijn van dat deze prioriteitstoepassing in het verbintenissenrecht het gevolg is van een pragmatische keuze van de wetgever die is gericht op het dienen van rechtszekerheid. Iedere andere oplossing laat te veel ruimte voor de omstandigheden van het geval dan wel leidt tot een uitkomst waarin geen van beiden de zaak geleverd zal krijgen indien de vorderingen worden opgelost in vorderingen tot schadevergoeding.⁸⁶ De wetgever geeft uitdrukkelijk toe dat het onderhavige artikel een uitzondering vormt op de *paritas creditorum*.⁸⁷ Met deze keuze voor een rangorde naar ouderdom komt eens te meer een zekere neiging in goederenrechtelijke richting tot uitdrukking.⁸⁸ Gelet op het voor het verbintenissenrecht uitzonderlijke karakter van art. 3:298 BW staat deze bepaling niet in de weg aan de motivering van de prioriteitsregel aan de hand van het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten.

7.4 RECHTVAARDIGING DOOR PUBLICITEIT

7.4.1 Kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten

Ter onderscheiding van goederenrechtelijke en persoonlijke rechten benoemt Meijers in zijn opsomming tevens de publiciteit:

‘Waar publiciteit is voorgeschreven voor de verkrijging of overdracht van rechten, betreft deze als regel zakelijke rechten en niet persoonlijke rechten’.⁸⁹

De kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten speelt voor de legitimatie van de prioriteitsregel een belangrijke rol. Aangezien de absolute werking van goederenrechtelijke rechten met zich meebrengt dat jonger gerechtigden in rang achterstaan bij ouder gerechtigden – terwijl persoonlijke rechten vanwege hun relatieve werking onderling in beginsel gelijk staan – kan men verdedigen dat hiervoor dan wel is vereist dat absolute rechten kenbaar zijn voor derden.⁹⁰

86 Deze door Stein in *WPNR* 5652 (1983), p. 309 voorgestelde oplossingen wijst de wetgever af. Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1398.

87 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397.

88 Het recht van de koper krijgt aldus zekere goederenrechtelijke trekken. Een persoonlijk recht met een zekere goederenrechtelijke werking komt op meerdere plekken in het BW voor. Als voorbeeld moge alvast worden genoemd art. 7:226 BW waarin het adagium ‘koop breekt geen huur’ tot uitdrukking wordt gebracht op grond waarvan de huurder zijn recht ook tegen latere verkrijgers van de zaak kan doen gelden en eveneens aan latere beperkt gerechtigden kan tegenwerpen. Zie voor meer voorbeelden par. 9.3.

89 Meijers 1948, p. 269.

90 Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/376 en Snijders & Rank-Berenschot 2017/80. Zie ook hieronder hetgeen Meijers opmerkt ter zake van het belang van de invoering van een registerpandrecht, p. 137.

7.4.2 Registergoederen

Het middel tot kenbaarmaking van registergoederen is – zulks moge duidelijk zijn – de openbaarheid van registers. Zo zal een schuldeiser zich voorafgaand aan de totstandkoming van een beoogd hypotheekrecht door raadpleging van de registers van het bestaan van oudere goederenrechtelijke rechten kunnen vergewissen.

Onder het Romeinse recht werd de adequate toepassing van de prioriteitsregel sterk belemmerd door de afwezigheid van een stelsel van registratie en publicatie.⁹¹ Het Duitse BGB maakte zich op dit punt los van de Romeinse traditie door voor iedere wijziging in de goederenrechtelijke status van een registergoed registratie te vereisen.⁹² Naar Duits recht is volgens § 879 BGB het moment van registratie beslissend voor de plaats in de rangorde.

Ook onder Frans recht werd het vaststellen van de rangorde tussen rechten op onroerende zaken lange tijd sterk bemoeilijkt.⁹³ Pas sinds 1955 dient ieder recht teneinde werking jegens derden te hebben te worden geregistreerd.⁹⁴ Rechten die niet waren ingeschreven konden niet aan (jongere) derden worden tegengeworpen. Meerdere goederenrechtelijke gerechtigden tot eenzelfde onroerende zaak kunnen thans worden gerangschikt naar de volgorde van registratie.

De openbaarheid van registers in Nederland, Duitsland en Frankrijk brengt mee dat derden zich ten aanzien van registergoederen kunnen vergewissen van het bestaan van oudere goederenrechtelijke rechten. Verdedigd kan worden dat die kenbaarheid de hogere rang legitimeert die oudere goederenrechtelijke rechten innemen vanwege hun absolute karakter. Het is dan wel vereist dat de registers betrouwbare informatie aan derden verschaffen. Het kan voorkomen dat de registers onvolledig zijn, bijvoorbeeld wanneer meerdere goederenrechtelijke rechten op dezelfde dag ter registratie worden aangeboden. Het maken van onderscheid naar ouderdom – door ofwel zoals naar Duits recht⁹⁵ aan te knopen bij het moment van registratie ofwel zoals naar Nederlands recht⁹⁶ bij het tijdstip waarop de akte is opgemaakt – doet weliswaar recht aan het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten, deze strikte toepassing van de prioriteitsregel kan voor de gerechtigde tot het jongere recht nadelig uitpakken. Aangezien ten tijde van de totstand-

91 Het Romeinse recht bediende zich van zware strafrechtelijke sancties die op het verzwijgen van eerder gevestigde goederenrechtelijke rechten stonden. Zie hierboven p. 14.

92 Zie § 873 BGB waarover Mugdan III, p. 89. Registratie kwam volgens de wetgever de rechtszekerheid ten goede.

93 Bij de invoering van de Code civil werd de voorkeur gegeven aan een eenvoudige, vormvrije hypotheekvestiging waarbij een publicatievereiste niet paste. Zie Locré XVI, p. 139.

94 Zie decreet nr. 55-22 van 4 januari 1955.

95 § 17 GBO bepaalt dat het eerst binnengekomen verzoek tot registratie ook eerst in het *Grundbuch* moet worden aangetekend. Zie uitgebreid hierboven, p. 79.

96 Zie art. 3:21 lid 2 sub b BW.

koming van zijn recht uit de registers geen oudere rechten bleken, dient hij niettemin een recht van een ander te eerbiedigen dat hij mogelijk niet heeft gekend. De keuze van Franse wetgever (ook sinds 1955) en die van het Nederlandse BW van 1838 beklemtoont daarentegen het belang van de kenbaarheid. Twee op dezelfde dag geregistreeerde goederenrechtelijke rechten (met eveneens dezelfde dagtekening op de akten) verkrijgen in dit geval gelijke rang.⁹⁷ Het moeten delen van de eerste rang moge voor de oudst gerechtigde op zijn beurt onbillijk voorkomen – het komt er immers op neer dat een vroeg op de dag geregistreerd recht nog de gehele dag blootstaat aan inschrijvingen van rechten met gelijke rang – toch lijkt met deze keuze de rechtszekerheid gediend.⁹⁸

Een vergelijkbare afweging tussen enerzijds het belang van de rechtszekerheid en anderzijds de eerbiediging van het oudste recht door strikte toepassing van de prioriteitsregel ligt ten grondslag aan de regeling in het BW ter zake van de onjuistheid van de registers. Naar Nederlands recht worden derden beschermd tegen een dergelijke onjuistheid indien zij te goeder trouw zijn, hetgeen voor een goederenrechtelijk gerechtigde kan meebrengen dat hij zijn eerste rang kwijtraakt of zijn recht zelfs in het geheel verliest.⁹⁹ Hoewel het Nederlandse recht als uitgangspunt een negatief stelsel van openbare registers hanteert en derden in beginsel aan de registers geen garanties voor de volledigheid en juistheid ervan kunnen ontleen, kan het stelsel – mede als gevolg van de nagenoeg volledige bescherming van derden die te goeder trouw op de registers afaan¹⁰⁰ – passender worden omschreven als een semi-positief stelsel.¹⁰¹ Het Nederlandse stelsel neigt immers naar een positief stelsel zoals men dat kent in Duitsland waarin derden te goeder trouw mogen vertrouwen op de registers.¹⁰² De openbare registers bieden aldus een informatievoorziening die de rechtszekerheid inzake registergoederen bevordert. Deze informatievoorziening kan meebrengen dat de prioriteitsregel moet wijken wanneer het oudste recht onjuist

97 Zie art. 1226 OBW en art. 31 van decreet nr. 55-22 van 4 januari 1955 dat ten aanzien van hypotheek is uitgewerkt in art. 2425 Cc.

98 In de Nederlandse literatuur is over deze gelijke rang opgemerkt dat hiermee in ieder geval veel kwesties over de prioriteit worden afgesneden. Zie Land III, p. 375, voetnoot 1 en Van Nierop 1937, p. 194. Ook de Franse equivalent krijgt de nodige kritiek te verduren. Zie hierboven, p. 98.

99 De regeling is te vinden in art. 3:24, 3:25, 3:26 en 3:88 BW. Een uitwerking hiervan kan op deze plaats achterwege blijven. Overigens is de regeling ter zake van de openbare registers met verscheidene waarborgen omkleed om de juistheid zo veel mogelijk te garanderen. Zo moeten de in te schrijven stukken door een deskundige – veelal een notaris – worden opgesteld en zal de bewaarder de inschrijving weigeren als de stukken niet aan de wettelijke eisen voldoen. Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/487.

100 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/487-489.

101 Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/487 en Snijders & Rank-Berenschot 2017/109.

102 In Duitsland geldt de ingeschrevene in het grondboek als rechthebbende tegenover derden te goeder trouw tot het tegenbewijs is geleverd. Zie het in het BGB opgenomen wettelijke vermoeden (§ 891 BGB) en de geobjectiveerde goede trouw regeling (§ 892 BGB).

of onvolledig is geregistreerd, op welke (onjuiste) publicatie een jonger goederenrechtelijk gerechtigde mocht afgaan.

7.4.3 Roerende zaken

Wijzigingen in de goederenrechtelijke status van goederenrechtelijke rechten die geen registratievereiste kennen – grofweg roerende zaken en vorderingsrechten – voldoen aan een aanmerkelijk zwakkere publiciteitseis. Ten aanzien van de eigendomsoverdracht van roerende zaken geeft de machtsverschaffing uiting aan het kenbaarheidsvereiste. Bij de invoering van het BW van 1838 koos de wetgever met het oog op het publiciteitsbeginsel uitdrukkelijk voor de levering als vereiste voor de eigendomsoverdracht.¹⁰³ Deze levering moest volgens het OBW bestaan uit overgave van de zaak.¹⁰⁴ De gedachte dat bezitsverschaffing kenbaarheid geeft aan een wijziging in de goederenrechtelijke status van roerende zaken komt ook terug met betrekking tot het pandrecht. Het OBW – in navolging van de Code civil – alsmede het Duitse BGB stonden ten aanzien van roerende zaken slechts het recht van vuistpand toe. De in pand gegeven zaak diende uit de macht van de schuldenaar te worden gebracht en ook uit diens macht te blijven om de rechtsverhouding tussen pandhouder en pandgever – met name ten aanzien van de overige schuldeisers – duidelijk naar buiten te doen blijken.¹⁰⁵

Het vuistpandrecht werd in Duitsland en Nederland als gevolg hiervan verdrongen door de fiduciaire eigendomsoverdracht. Deze overdracht ten titel van zekerheid kon bovendien worden voltooid door een levering door middel van *constitutum possessorium*.¹⁰⁶ Met deze vorm van levering wordt in aanzienlijke mate op de publiciteit ingeboet omdat een dergelijke overdracht niet naar buiten toe blijkt. Het kwam onder het OBW geregeld voor dat van deze wijze van overdracht gebruik werd gemaakt om zaken aan het faillissement te onttrekken. De curator werd een akte tegengeworpen waaruit bleek dat in de faillissementsboedel gevallen zaken reeds aan een derde in

103 Zie Asser 1838, p. 261 en 262 over de breuk met Frans recht en Suijling V, nr. 87 over de functie van publiciteit die de levering vervult.

104 Zie art. 667 OBW. Reeds in 1841 oordeelde de Hoge Raad dat de bezitsverschaffing ook door middel van *constitutum possessorium* kan plaatsvinden. Zie HR 26 november 1841, W 249. Deze vorm van bezitsverschaffing leidde de Hoge Raad aanvankelijk af uit art. 596 OBW, maar later werd benadrukt dat hiervoor geen rechtstreekse steun in de wet was te vinden. Zie HR 22 mei 1953, NJ 1954/189 (*Sio*).

105 De Cc stelde tot 2006 het vereiste van *dépossession* voor de geldige totstandkoming van een *gage*, zie art. 2076 (oud) Cc. Vgl. art. 1199 OBW. Ook de Duitse wetgever was op dit punt erg traditioneel (§ 1205 BGB) en achtte de eis van bezitsverschaffing – die beslist niet c.p. kon plaatsvinden – buitengewoon belangrijk voor het rechtsverkeer. Zie Mugdan III, p. 447 en 913.

106 De Hoge Raad stond al vrij snel na de invoering van het BW in 1838 de bezitsverschaffing c.p. toe en erkende in 1929 tevens de fiduciaire eigendomsoverdracht. Zie HR 25 januari 1929, NJ 1929, 616. Zie voor de ontwikkeling in het Duitse recht hierboven p. 76. In de Franse rechtspraak is de fiduciaire eigendomsoverdracht van roerende zaak steevast afgewezen. Daarentegen heeft wel de figuur van de fiduciaire cessie een prominente plaats in het zekerhedenverkeer gekregen. Zie hierboven, p. 112.

eigendom waren overgedragen.¹⁰⁷ De toepassing van fiduciaire eigendoms-overdrachten heeft – althans in theorie – wel prioriteitsconflicten voorkomen. De schuldenaar die zijn zaken fiduciair heeft overgedragen door een levering door middel van constitutum possessorium kan als houder van de zaak immers niet nogmaals het bezit aan een ander verschaffen. Daaraan staat het interversieverbod in de weg.¹⁰⁸ De fiduciaire overdracht kan uiteraard wel tot conflicten leiden indien de zaak niettemin heimelijk tweemaal wordt overgedragen en de datum van een (geantedateerde) akte wordt betwist.

Bij de invoering van het NBW heeft Meijers de bovengenoemde misbruiken willen bestrijden door de levering door middel van constitutum possessorium een beperkte werking toe te kennen.¹⁰⁹ Het praktische belang hiervan is evenwel gering omdat Meijers de fiduciaire eigendomsoverdracht heeft vervangen door een nieuw soort pandrecht.¹¹⁰ Het belang van publiciteit kon dan worden gewaarborgd door de vestiging van een pandrecht ten aanzien van een tot een onderneming behorende roerende zaak aan registratie te onderwerpen.¹¹¹ De Tweede Kamer zag echter met de publicatie het rechtsleven gehinderd omdat het ‘een rompslomp en administratieve bemoeiing’ zou meebrengen.¹¹² In een poging de Kamer te overtuigen van het belang van publiciteit voert Meijers het volgende argument aan – voor hem persoonlijk het belangrijkste – dat de kern van dit onderzoek raakt:

‘De eigendomsoverdracht tot zekerheid maakt inbreuk op een algemeen beginsel, namelijk dat geen crediteur door een overeenkomst tussen hem en zijn schuldenaar een voorrang boven andere schuldeisers kan verkrijgen. Dat is een beginsel, dat door ons ganse recht heenloopt. Daarop maakt de eigendomsoverdracht tot zekerheid een uitzondering, doordat bij enkele overeenkomst zonder verplaatsing een voorrecht, een voorrang wordt geschapen.’¹¹³

107 Zie hierover Meijers 1957, p. 253. Het gebruik van deze schijnakten is door de Hoge Raad bestreden door de eigendom tot zekerheid niet in alle opzichten gelijk te stellen met de gewone eigendom, zie HR 22 mei 1953, NJ 1954/189 (*Sio*).

108 Zie art. 1996 en 1997 OBW die de equivalenten vormen van huidig art. 2266 en 2268 Cc. Zie thans art. 3:111 BW. Ook het Duitse recht kent in § 935 BGB een bepaling van deze strekking. Het interversieverbod gaat terug op C. 7,39,2: *nemo sibi causam possessionis mutare potest*.

109 Op grond van het huidige art. 3:90 lid 2 BW werkt een levering c.p. tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft, eerst vanaf het tijdstip dat de zaak in de handen van de verkrijger is gekomen. Het oorspronkelijke voorstel van Meijers beschermde ook schuldeisers van de vervreemder. Dit voorstel is later gesneuveld, zie PG Boek 3 BW, MvA II, p. 384 en 385.

110 Zie art. 3:84 lid 3 BW, PG Boek 3 BW, TM, p. 318 en PG Inv. Boek 3 BW, MvA II, p. 1197. De kwestie van het pandrecht betrof een van de vraagpunten omtrent ‘essentiële punten’ die Meijers aan de Tweede Kamer voorlegde. Zie de parlementaire behandeling dienaangaande in PG Boek 3 BW, p. 685 e.v.

111 Zie PG Boek 3 BW, TM, p. 746. Voor de vestiging van een pandrecht op overige roerende goederen vereiste het ontwerp nog wel dat de zaak uit de macht van de schuldenaar werd gebracht.

112 Zie PG Boek 3 BW, p. 714. Overigens heeft Meijers met kracht van argumenten – doch tevergeefs – gepoogd deze kritiekpunten te weerleggen. Zie PG Boek 3 BW, p. 705.

113 PG Boek 3 BW, p. 703 en 703.

Meijers voert aan dat indien een zekerheidsrecht voorrang schept boven andere schuldeisers dit gepaard behoort te gaan met publiciteit. Hij beschouwt het als ongeoorloofd dat een fiduciaire eigendomsoverdracht die voor andere schuldeisers niet kenbaar is ten detrimente van deze derden werkt. Met deze stellingname voor het registerpand voorziet Meijers de prioriteit van een rechtvaardiging die is gelegen in de publiciteit van goederenrechtelijke zekerheidsrechten.¹¹⁴

In de uiteindelijke wettekst is het registerpand niet teruggekeerd. Een pandrecht kan onder het NBW worden gevestigd bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte.¹¹⁵ Het verpanden van een zaak zonder dat deze uit de macht van de schuldenaar wordt gebracht is weliswaar aan een registratievereiste onderworpen waarmee misbruik zoals antedatering wordt voorkomen, doch de registratie leidt op geen enkele wijze tot kenbaarheid van een stil pandrecht. De registratie vindt immers niet plaats in openbare registers, maar bij een inspecteur van de belastingdienst.¹¹⁶ Er rust op de pandgever wel een verplichting om te verklaren dat op het goed geen andere beperkte rechten rusten, maar de aan schending van deze verplichting verbonden sanctie ligt in de obligatoire sfeer en laat de rechtsgeldige totstandkoming van een (tweederangs) pandrecht onverlet. Latere schuldeisers noch eventuele latere verkrijgers kunnen zich derhalve van het bestaan van stille pandrechten op roerende zaken vergewissen.¹¹⁷

In Frankrijk is sinds de ingrijpende hervorming van het zekerhedenrecht de publiciteit van een (overigens toen pas geïntroduceerd) stil pandrecht wel gerealiseerd.¹¹⁸ Dit pandrecht dient teneinde derdenwerking te verkrijgen kenbaar te worden gemaakt door inschrijving in een pandregister. De inschrijvingen in dit register worden doorgevoerd in een gecentraliseerd nationaal register dat kosteloos via het internet kan worden geraadpleegd. Een stil pandrecht is hiermee kenbaar voor derden waardoor de rangorde tussen schuldeisers op een voorspelbare wijze kan worden vastgesteld.

114 In zekere zin vormt de publiciteit ook de rechtvaardiging van het *droit de préférence* ten aanzien van jongere onverzekerde schuldeisers. Deze dienen zich immers van de kredietwaardigheid van hun debiteur te kunnen vergewissen, al zullen zij niettemin achterstaan bij schuldeisers ten behoeve van wie nadien goederenrechtelijke zekerheidsrechten worden gevestigd.

115 In de parlementaire geschiedenis wordt gesproken van een 'bezitloos' pandrecht. Het verdient de voorkeur om in dit kader de term stil pandrecht te hanteren omdat het bezit bij iedere verpanding – ook als de zaak in de macht van de pandhouder wordt gebracht – bij de pandgever blijft.

116 Zie art. 12 Uitvoeringsregeling Registratiewet 1970. Thans kunnen pandakten nog niet in elektronische vorm ter registratie worden aangeboden. Zie over de inrichting van de registratie Struycken 2009, p. 128 e.v. Overigens vindt ook registratie plaats indien het stille pandrecht wordt gevestigd bij authentieke akte. In dat geval komt het pandrecht reeds bij de akte tot stand.

117 Hen staat wel een beroep op derdenbescherming open indien zij te goeder trouw zijn. Zie art. 3:238 lid 2 en art. 3:86 lid 2 BW.

118 Zie hierboven, p. 102.

Ook in België is in 2013 een op het Franse recht geïnspireerde vernieuwing van het zekerhedenrecht doorgevoerd waarbij een registerpandrecht ten aanzien van roerende zaken is geïntroduceerd.¹¹⁹ In deze ontwikkeling is het Amerikaanse zekerhedenrecht een belangrijke bron van inspiratie geweest. Art. 9 Uniform Commercial Code (UCC) doet recht aan het publiciteitsbeginsel door zekerheidsrechten op roerende zaken die in de macht van de schuldenaar blijven aan registratie in een openbaar register te onderwerpen.¹²⁰

Ook in Nederland hebben regelingen zoals bepaald in art. 9 UCC het debat omtrent de wenselijkheid voor meer publiciteit van pandrechten (wederom) op gang gebracht.¹²¹ Verdedigd kan worden dat gelet op de huidige stand van de technologie de argumenten die ertoe hebben geleid dat uiteindelijk is afgezien van de invoering van een registerpand en een daarbij behorend openbaar pandregisters niet staande kunnen worden gehouden. Het bezwaar van administratieve bemoeiing zou immers door een elektronische inschrijving in een via het internet te consulteren register volledig worden weggenomen.¹²² Voorlopig is de literatuur en de praktijk nog verdeeld over de wenselijkheid van een (digitaal) pandregister in Nederland.¹²³ Vanuit het belang van publiciteit en rechtszekerheid kan de invoering van een openbaar pandregister worden aangemoedigd. Een dergelijke doorvoering van het publiciteitsbeginsel ten aanzien van roerende zaken leidt in het geval van conflicten met een stil pandrecht tot een legitieme toepassing van de prioriteitsregel waarvoor thans nog een rechtvaardiging ontbreekt.

7.4.4 Vorderingsrechten

Om de cessie aan enige vorm van publiciteit te onderwerpen is bij de invoering van het BW in 1992 gekozen voor een constitutief vereiste mededeling aan de debiteur van de overgedragen vordering.¹²⁴ Daarmee is de mededeling niet alleen van belang om de cessie aan de debiteur van de vordering

119 Zie *Belgisch Staatsblad* 2 augustus 2013 (tweede editie).

120 De rangorde wordt op grond van § 9-322 UCC vastgesteld naar het moment van *perfection* van de *security interest*. Indien de schuldenaar de verpande zaak onder zich wenst te houden, geschiedt deze *perfection* door registratie in een openbaar register (*filing*, zie hierover § 9-501 e.v. UCC). Dit register is voor eenieder toegankelijk, zie § 9-523 UCC.

121 Zie bijvoorbeeld Vriesendorp & Barendrecht 1993, p. 13-15, Struycken 2009, p. 177 en Kaptein, diss. 2016, p. 247 e.v.

122 Een dergelijk openbaar elektronisch register is ook voorgesteld in het Draft Common Frame of Reference (DCFR). Zie art. IX. – 3:302 (2) DCFR.

123 Voorstanders zijn onder meer Vriesendorp en Barendrecht 1993, p. 13 en Struycken 2009, p. 175-177. Als tegenstanders kunnen worden genoemd Beekhoven van de Boezem & Goosmann 2010, p. 54. De door de KNB ingestelde Commissie Pandregister & Aandeelhoudersregister heeft de wenselijkheid en haalbaarheid van een pandregister onderzocht. De conclusie luidt dat invoering wellicht niet haalbaar is omdat de praktijk verdeeld is over de wenselijkheid. Zie het op de website van de KNB gepubliceerde Jaarverslag 2010/2011, p. 17.

124 Zie PG Boek 3 BW, TM, p. 392 en MvA II, p. 396. Het OBW kende deze constitutieve mededelingseis niet.

te kunnen tegenwerpen – die moet immers weten aan wie hij bevrijdend moet betalen – maar tevens om de cessie jegens de schuldeisers van de cedent te kunnen doen gelden. Hiermee wordt duidelijk dat de mededeling maar een zeer betrekkelijke rol voor de kenbaarheid vervult. De mededeling is immers slechts gericht aan de debiteur van de vordering. De publiciteit waarborgt aldus – evenals naar Frans recht waar tot voor kort de cessie eerst na betekening dan wel erkenning bij authentieke akte door de debiteur absolute werking krijgt – slechts de belangen van de debitor cessus.¹²⁵ De constitutief vereiste mededeling kan sinds 2004 – mede als gevolg van de bezwaren die vanuit praktisch en financieel oogpunt waren gerezen¹²⁶ – worden vervangen door het opmaken van een authentieke of onderhands geregistreerde akte.¹²⁷ Hiermee is de regeling van cessie meer in overeenstemming met het Duitse recht waar een vordering op grond van § 398 BGB bij vormvrije overeenkomst kan worden overgedragen. Aan de debitor cessus kan de cessie pas worden tegengeworpen nadat de cessie aan hem is medegedeeld.¹²⁸

Met name in stelsels zoals het Duitse waarin de fiduciaire cessie een belangrijke positie in het kredietverkeer inneemt, treedt het gebrek aan publiciteit van de cessie – en dan in het bijzonder ten aanzien van andere schuldeisers – op de voorgrond. Hoewel het bij de fiduciaire cessie in theorie niet om prioriteitsconflicten kan gaan – een vorderingsrecht kan immers slechts eenmaal rechtsgeldig worden overgedragen – ontstaan er wel bewijsrechtelijke kwesties. Toekomstige vorderingen kunnen immers – zoals in de Duitse financieringspraktijk zeer gebruikelijk is – het object van meerdere zekerheidsrechten zijn.¹²⁹ Aangezien in dat geval onder toepassing van de prioriteitsregel overdracht plaatsvindt aan de schuldeiser met het oudste recht is het van belang om het tijdstip van de – vormvrij tot stand gekomen – cessie vast te stellen. Een registratievereiste zou in dit kader niet zozeer een rol spelen voor de kenbaarheid van de overdracht als wel voor het tegengaan van misbruik in de vorm van bijvoorbeeld antedatering. Toch heeft de Duitse wetgever nimmer aanleiding gezien om de in zwang geraakte zekerheidsfiguur zonder enige publiciteit te verruilen voor een regeling van registerpandrecht. De gedachte lijkt te zijn dat de rechtspraktijk ermee uit de voeten kan.¹³⁰

125 Zie voor de problematiek van de dubbele cessie naar Frans recht hierboven, p. 111.

126 Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28878, 3, p. 2 en 3.

127 De zogenoemde stille cessie is ingevoerd bij wet van 30 juni 2004, *Stb.* 2004, 314.

128 De mededeling is derhalve losgekoppeld van de geldige totstandkoming. Overigens houdt het in § 407 BGB genoemde criterium in dat de debiteur de cessie *kent*, terwijl naar Nederlands recht actief mededeling moet worden gedaan. Zie art. 3:94 lid 3 BW.

129 Zie hierboven de problematiek van de botsing van een *Globalzession* met een verlengd eigendomsvoorbehoud, p. 83.

130 Ook in de Duitse literatuur is men verdeeld over de wenselijkheid van publiciteit. Zie Baur-Stürmer 2009, p. 967 en 968. Zie over de nadelen, waaronder het gebrek aan publiciteit, van de tot ontwikkeling gekomen zogenoemde atypische zekerheidsrechten Baur-Stürmer 2009, p. 775 en 776.

De verpanding van vorderingsrechten kan wel aanleiding geven tot prioriteitsconflicten. Naar Nederlands recht speelt in dit kader dezelfde problematiek als bij de stille verpanding van roerende zaken. De stille verpanding van een vordering geschiedt immers eveneens bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte. Jongere schuldeisers kunnen zich niet door raadpleging van de registers – deze zijn immers niet openbaar – van het bestaan van oudere stille pandrechten op de betreffende vordering vergewissen. Zij zullen erop moeten vertrouwen dat de pandgever zijn verplichting nakomt om in de akte te verklaren dat er geen oudere pandrechten op het goed rusten.¹³¹

Ter zake van de verpanding van vorderingen kan nog worden gewezen op de vernieuwde regeling van de *nantissement* naar Frans recht. Sinds 2006 is het vereiste van *dépossession* losgelaten dat ten aanzien van de verpanding van onlichamelijke zaken bestond uit betekening dan wel acceptatie bij authentieke akte door de debiteur van de verpande vordering.¹³² In het geval van een dubbele verpanding onder oud recht kon de debiteur van de verpande vordering aan de tweede pandhouder bij de acceptatie bij authentieke akte van diens pandrecht nog tegenwerpen dat hem reeds een eerdere betekening van een eerste verpanding had bereikt. Op deze manier kwam er nog enige vorm van publiciteit aan het eerdere pandrecht toe waardoor de rangorde tussen de schuldeisers op voorspelbare wijze tot stand kwam, al zal ingeval van een betekening de boodschap van de debiteur de tweede pandhouder niet bereiken. Het moge gelet op de invoering van het registerpand ten aanzien van roerende zaken verbazing wekken dat het Franse recht voor de verpanding van vorderingen iedere vorm van publiciteit heeft losgelaten. Een *nantissement* moet onder het huidige art. 2356 Cc schriftelijk worden overeengekomen en kan vanaf de datum van de akte aan derden worden tegengeworpen zonder dat aan enig vereiste van registratie behoeft te worden voldaan.¹³³ Het aan zo min mogelijk formaliteiten onderwerpen van de verpanding – hetgeen onmiskenbaar ten koste gaat van de kenbaarheid – is ingegeven door de doelmatigheid.¹³⁴ De Franse wetgever meent dat het financieringsverkeer is gebaat bij een eenvoudige wijze van verpanding die reeds effect heeft met de totstandkoming van de akte, het publiciteitsbeginsel ten spijt.¹³⁵

131 Art. 3:239 lid 2 verklaart het tweede lid van art. 3:237 BW van overeenkomstige toepassing.

132 Zie over het betreffende art. 2075 (oud) Cc hierboven, p. 104.

133 Zie hierboven uitgebreid, p. 105.

134 Zie het rapport van de werkgroep Grimaldi, Rapport à Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, p. 13 waaruit volgt dat men heeft getracht de eisen van rechtszekerheid en doelmatigheid met elkaar te verzoenen, waarbij inspiratie is opgedaan bij de zogenoemde *cession Dailly*. Zie hierboven, p. 105.

135 Overigens wordt met het schriftelijkheidsvereiste beoogd de in de vorige voetnoot bedoelde rechtszekerheid te dienen.

7.5 SLOTSOM

De toepassing van de prioriteitsregel kan worden teruggevoerd op het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten. Aangezien deze rechten tegen eenieder kunnen worden ingeroepen – waaronder dus ook tegen gerechtigden met een jonger recht op het goed – komt de prioriteitsregel tot uitdrukking doordat de later gerechtigden een eerder gevestigd recht tegen zich dienen te laten gelden. De toepassing van de prior-temporeregels is daarmee in beginsel beperkt tot het goederenrecht, doch verschijnt incidenteel ook daarbuiten waar de wet aan persoonlijke rechten een zekere absolute werking heeft toegekend.

De visie waarin de prioriteitsregel als een gevolg van de nemo-plusregel wordt beschouwd moet worden verworpen. Deze motivering vormt weliswaar een didactisch bruikbaar hulpmiddel ter verdediging van de prioriteitsregel, zij schiet evenwel dogmatisch gezien te kort en gaat uit van een te ruime lezing van de nemo-plusregel en een onjuiste constructie van het beperkte recht.

De kenbaarheid van oudere rechten speelt een fundamentele rol voor de rechtvaardiging van de prioriteitsregel. De stelling dat de prioriteitsregel zich laat rechtvaardigen met het feit dat de jonger gerechtigde zich op de hoogte had kunnen stellen van het oudere en daarmee sterkere recht, kan in lang niet alle gevallen standhouden. In elk van de besproken rechtsstelsels is de publiciteit van registergoederen weliswaar gewaarborgd door de openbaarheid van registers, goederenrechtelijke zekerheidsrechten op niet-registergoederen zijn veelal minder goed kenbaar. De overheersende indruk is dat het publiciteitsbeginsel heeft ingeboet ten gunste van het belang dat het financieringsverkeer hecht aan een snelle en eenvoudige wijze van zekerheidsneming. Dat verklaart dat men zich in Nederland van onkenbare stille pandrechten bedient, men zich in Duitsland nooit los heeft weten te maken van de fiduciaire eigendomsoverdrachten¹³⁶ en men in Frankrijk aan de verpanding van een vordering derdenwerking toekent vanaf het moment waarop de akte tot stand komt. Een digitaal openbaar register zoals dat recent in Frankrijk en België ten aanzien pandrechten op roerende zaken is ingevoerd komt de kenbaarheid – en daarmee de gerechtvaardigde toepassing van de prioriteitsregel – ten goede. De huidige stand van de techniek staat zonder meer toe dat het publiciteitsbeginsel in theorie niet langer onder het belang van het financieringsverkeer hoeft te lijden.

136 Deze komen immers ten aanzien van roerende zaken door levering door middel van constitutum possessorium en ten aanzien van vorderingsrechten zelfs geheel vormvrij tot stand.

8 | Prioriteit in het goederenrecht

8.1 INLEIDING

Na beschouwingen vanuit historisch en rechtsvergelijkend perspectief alsmede een dogmatische bespreking van de prioriteitsregel, richt ik mij in de volgende twee hoofdstukken op de prioriteitstoepassing in het moderne Nederlandse recht. Het feit dat de prioriteitsregel voortvloeit uit het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten impliceert dat het goederenrecht zijn voornaamste toepassingsgebied vormt. Aangezien bovendien ook in het Nederlandse vermogensrecht het goederenrecht traditioneel wordt onderscheiden van het verbintenissenrecht, krijgt de prioriteitstoepassing in het goederenrecht in dit hoofdstuk een afzonderlijke behandeling.¹ Hierbij wordt een nadere onderverdeling gemaakt tussen de verschillende absolute rechten die met elkaar kunnen collideren. Registergoederen komen voor een gezamenlijke bespreking in aanmerking (par. 8.2) omdat zij gemeen hebben dat zij hun plaats in de rangorde bij prioriteitsconflicten aan het inschrijvingstijdstip in de openbare registers ontleen. Een collisione van goederenrechtelijke rechten kan zich voorts voordoen bij de in Boek 3 BW opgenomen beperkte rechten van pand (par. 8.3) en vruchtgebruik (par. 8.4). Daarnaast heeft de mogelijkheid om toekomstige goederen bij voorbaat te leveren (par. 8.5) mogelijk conflicterende leveringen tot gevolg, ter zake waarvan de wetgever in art. 3:97 lid 2 BW een voorrangsregel conform de prioriteitsgedachte heeft opgenomen. Tot slot van dit hoofdstuk wordt besproken (par. 8.6) hoe de prioriteitsregel in goederenrechtelijke conflicten in concreto gestalte krijgt. Het feit dat een jonger recht achterstaat bij een ouder recht kan immers op verschillende wijzen tot uitdrukking komen.

8.2 PRIORITEIT BIJ COLLIDERENDE REGISTERGOEDEREN

8.2.1 Rangorde naar volgorde van inschrijving

De openbare registers vervullen sinds hun invoering in 1838 vanwege het inzicht dat zij verschaffen in de rechtstoestand van een perceel,² een belangrijke functie bij de vaststelling van de rangorde tussen meerdere goederen-

1 Zie over dit onderscheid par. 7.3.1.

2 Zie hierboven par. 4.2.6. over deze bewuste breuk met het Franse recht, waarin een hypothecaire inschrijving geschiedde op de naam van de eigenaar van de onroerende zaak.

rechtelijke rechten op hetzelfde registergoed.³ Meerdere goederenrechtelijke rechten nemen rang in naar de volgorde waarin zij tot stand zijn gekomen. Aangezien een goederenrechtelijk recht op een registergoed tot stand komt bij de registratie is het moment van registratie doorslaggevend voor de rang die het recht inneemt in relatie tot andere op het registergoed gevestigde goederenrechtelijke rechten. Het moment van registratie valt in beginsel samen met het tijdstip waarop het recht ter registratie wordt aangeboden,⁴ met dien verstande dat inschrijving alleen mogelijk is gedurende de openingstijden van de kantoren van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers, te weten van maandag tot en met vrijdag tussen 9.00 uur en 15.00 uur.⁵ Ook indien een inschrijving aanvankelijk door de bewaarder is geweigerd, kan op grond van art. 3:20 lid 4 BW alsnog het moment van de oorspronkelijke aanbieding als registratietijdstip te gelden hebben. De gedachte is dat een belanghebbende immers geen slechtere positie in de rangorde behoort te verkrijgen vanwege het enkele feit dat een kort gedingprocedure naar aanleiding van een – indien zulks achteraf blijkt – onterechte weigering door de bewaarder moest worden afgewacht.⁶ In verband met de rechtszekerheid waaraan de registers beogen bij te dragen, dient dan wel – kort gezegd⁷ – binnen veertien dagen actie te worden ondernomen.⁸

Om in het kader van botsende goederenrechtelijke rechten op een registergoed een rangorde vast te stellen moet worden aangeknoopt bij de tijdstippen waarop de rechten zijn geregistreerd. Aan deze toepassing van de prioriteitsregel ten aanzien van registergoederen wordt uitdrukking gegeven in art. 3:21 lid 1 BW. Hierin is als hoofdregel expliciet bepaald dat de rangorde van inschrijvingen die op hetzelfde registergoed betrekking hebben, wordt bepaald door de volgorde der tijdstippen van inschrijving. Op het eerste gezicht lijkt deze bepaling in het kader van meerdere goederen-

3 Bedacht moet worden dat een goederenrechtelijk recht op een registergoed zelf ook een registergoed is in de zin van art. 3:10 BW.

4 Zie art. 3:19 lid 2 BW dat als verduidelijking op het Ontwerp Meijers is toegevoegd. Zie PG Boek 3 BW, p. 122.

5 Zie art. 4 Kadw jo. art. 2 lid 1 Organisatieregeling Kadaster 2008. Deze regeling betreft een besluit van het bestuur van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers waarmee hij gebruik maakt van de aan hem in art. 4 Kadw toegekende bevoegdheid om onder meer de openingstijden te bepalen.

6 Zie PG Boek 3 BW, MvA II, p. 123 en 124.

7 De voorwaarden voor terugwerkende kracht zijn opgenomen in art. 3:20 lid 4 BW. De belanghebbende moet binnen veertien dagen een dagvaarding uitbrengen én binnen een week na de uitspraak van de voorzieningenrechter de stukken opnieuw aanbieden. De bewaarder kan ook vrijwillig terugkomen op zijn weigering, hetzij binnen veertien dagen na de oorspronkelijke aanbieding, hetzij hangende het geding in eerste aanleg binnen veertien dagen na de uitgebrachte dagvaarding. Zie voor een schematische weergave Van Straaten 1992, p. 58.

8 Na weigering vindt een voorlopige aantekening in de registers plaats. Deze voorlopige aantekening beoogt te waarborgen dat derden die de registers raadplegen niet verrast kunnen worden door een later met terugwerkende kracht ingeschreven recht met hogere rang. Vgl. art. 3:20 lid 5 BW. Zie PG Boek 3 BW, MvA II, p. 124.

rechtelijke rechten overbodig. Het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten brengt immers reeds mee dat een later tot stand gekomen recht rang inneemt na een eerder gevestigd recht. In het Ontwerp Meijers ontbrak dan ook een dergelijke rangordebepaling voor registergoederen.⁹ De parlementaire behandeling wees evenwel uit dat de voorkeur ernaar uitging om uitdrukkelijk tot uiting te brengen dat anders dan naar oud recht niet de dag, maar het tijdstip van de inschrijvingen de rang bepaalt.¹⁰ Gelet op de in art. 3:21 lid 1 BW gehanteerde terminologie – gesproken wordt van ‘inschrijvingen’ en niet van ‘goederenrechtelijke rechten’¹¹ – is het toepassingsbereik bovendien ruimer dan dat van botsende goederenrechtelijke rechten. Tot de in art. 3:17 BW genoemde voor inschrijving vatbare feiten behoren immers ook – zij het bij wijze van uitzondering krachtens uitdrukkelijke wetsbepaling – verbintenisrechtelijke figuren zoals de kwalitatieve verplichting en de Vormerkung.¹² Ook dergelijke persoonlijke rechten nemen in het kader van art. 3:21 lid 1 BW rang in naar het tijdstip van inschrijving.

Het belang van de codificatie van art. 3:21 BW ligt met name in het tweede lid van dat artikel. Er zijn immers gevallen denkbaar waarin geen onderscheid kan worden gemaakt tussen de tijdstippen van registratie op eenzelfde dag en daarom een nadere regeling behoeven. Zo voorzag de wetgever een probleem voor de vaststelling van de rangorde indien meerdere ter inschrijving aangeboden stukken in eenzelfde postbestelling binnenkomen.¹³ Hoewel het probleem van de toezending per post inmiddels nageen is achterhaald door de elektronische aanbidding van stukken, blijven gevallen van gelijktijdige registratie denkbaar. Zo geeft de beperking dat stukken alleen gedurende gezette tijden ter inschrijving kunnen worden aangeboden aanleiding tot een nadere regeling zoals die van het tweede lid. Meerdere rechten die na 15.00 uur ter inschrijving worden aangeboden worden immers gelijktijdig en wel om 9.00 uur op de eerstvolgende werkdag ingeschreven.

9 De toelichting op ontwerpartikel 3.1.2.3 (vgl. art. 3:18 en 3:19 BW) vermeldt slechts dat gebroken wordt met de regel dat inschrijvingen op dezelfde dag gelijke rang hebben. Zie PG Boek 3, TM, p. 121.

10 Zie PG Boek 3, MvA II, p. 122. Zie over gevolgen hiervan de paragraaf hierna.

11 Als uitgangspunt is immers ervoor gekozen niet zozeer rechten te doen inschrijven, maar de feiten die voor het ontstaan en tenietgaan van rechten van belang zijn. Zie PG Boek 3 BW, TM, p. 115.

12 Zie art. 3:17 lid 2 BW waarin uitdrukkelijk is opgenomen dat bijzondere wetsbepalingen kunnen toelaten dat feiten worden ingeschreven die alleen persoonlijke rechten geven of opheffen.

13 Zie PG Boek 3 BW, MvA II, p. 122. Overigens had de Raad van State in overweging gegeven een in het kader van gelijktijdige inschrijvingen voorgestelde regeling te schrappen omdat dit zich slechts zelden zou voordoen. Naar het oordeel van de wetgever berust dit echter vanwege de toezending van stukken per post op een misvatting. Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1090.

8.2.2 Gelijktijdige inschrijving

Reeds het oude BW voorzag in een bepaling met een nadere uitwerking van de rangorde bij gelijktijdige inschrijving voor het specifieke geval van meerdere hypotheekhouders ten aanzien van hetzelfde registergoed.¹⁴ Het betreffende art. 1226 OBW bepaalde dat meerdere hypotheekrechten onderling rang innamen naar de volgorde van inschrijving.¹⁵ Het belang van deze bepaling lag evenwel in de in het tweede lid opgenomen regeling voor het geval waarin twee hypotheeken op dezelfde dag werden geregistreerd. Aan dergelijke hypotheeken werd dezelfde rang toegekend omdat het OBW slechts onderscheid maakte naar de dagen van inschrijving. Het huidige BW sluit daarentegen voor het moment van registratie aan bij het op de minuut nauwkeurige tijdstip.¹⁶ Twee op dezelfde dag geregistreerde rechten worden thans gerangschikt naar de volgorde van registratie op de dag zelf. Van een gelijktijdige inschrijving zal onder het huidige BW daarom minder snel sprake zijn.

Voor het geval de inschrijving van verscheidene rechten niettemin gelijktijdig geschiedt – zoals in het hierboven genoemde voorbeeld van aanbieding van twee stukken na 15.00 uur – is in het tweede lid van art. 3:21 BW een nadere regeling opgenomen. Deze specificerende wetsbepaling vervult daarmee een functie in het bieden van oplossingen voor praktische rangordekwesties die het gevolg zijn van de wijze waarop het registratieproces is ingericht. Deze regeling is uitdrukkelijk alleen van toepassing als de gelijktijdige inschrijvingen leiden tot onderling onverenigbare rechten van verschillende personen. Deze voorwaarde is op zichzelf beschouwd overbodig omdat het geval waarin gelijktijdige inschrijving niet tot een botsing van rechten leidt – de wetgever noemt als voorbeeld de inschrijving van twee processen-verbaal van inbeslagneming¹⁷ – geen nadere regeling behoeft. Ook het in de praktijk veelvuldig voorkomende geval waarin een (al dan niet na 15.00 uur ter registratie aangeboden) leveringsakte gelijktijdig wordt geregistreerd met een akte waarbij de verkrijger op de door hem verkregen onroerende zaak een hypotheekrecht ten gunste van de bank verleent, leidt niet tot onverenigbare rechten.¹⁸ Deze situatie betreft rechten van verschillende orde¹⁹ en raakt de problematiek inzake het moment waarop de hypotheek-

14 Het feit dat deze bepaling uitsluitend hypotheekrechten betrof, heeft mogelijk eraan bijdragen dat men de naar mijn mening onjuiste visie is gaan verdedigen dat het ten aanzien van meerdere goederenrechtelijke rechten, niet zijnde hypotheekrechten, niet tot conflicten kon komen omdat een tweede goederenrechtelijk recht uitsluitend rechtsgeldig kon worden gevestigd indien hierdoor de uitoefening van het eerste recht niet werd belemmerd. Zie par. 4.3.3.

15 Zie hierboven par. 4.3.2.

16 Zie PG Boek 3 BW, p. 121 en 122 en het uiteindelijke art. 3:18 BW.

17 Zie PG Inv. Boek 3 BW, MvT, p. 1091.

18 Zie Luijten, WPNR 1992/6065, p. 724 en 725 en Van Velten 2003, p. 17.

19 Een beperkt recht kan niet verzeild raken in een rangordeconflict met het eigendomsrecht van de eigenaar waarop het recht is gevestigd. Vgl. hierboven voetnoot 102 op p. 24 de definitie van collisie die in navolging van Dernburg wordt gevolgd.

verlener beschikkingsbevoegd moet zijn.²⁰ Het tweede lid van art. 3:21 BW richt zich op prioriteitsconflicten waarin twee gerechtigden met elkaar colluderende gelijktijdig ingeschreven rechten ontfanen op een registergoed van een ander. De wetgever heeft deze regeling opgenomen omdat hiermee:

‘moeilijkheden met betrekking tot de rangorde van op dezelfde dag plaats vindende inschrijvingen worden voorkomen.’²¹

De regeling houdt in dat de rangorde wordt bepaald door de volgorde waarin de verschillende akten zijn opgemaakt. Indien de akten op verschillende dagen zijn opgemaakt, verkrijgt het recht dat is gevestigd bij de akte met de oudste datum een hogere rang. Indien ook de datum van de akte dezelfde is, zijn de tijdstippen van de akten beslissend voor de rangorde.²² In dat kader wordt het belang van art. 40 lid 3 Wna duidelijk, waaruit voor de notaris de verplichting voortvloeit om in akten die zijn bestemd te worden ingeschreven in de openbare registers het tijdstip van passeren tot op de minuut nauwkeurig te vermelden.²³ Het tijdstip dat in de akte wordt opgenomen komt volgens art. 43 lid 4 Wna overeen met het moment dat direct aan de ondertekening door de notaris voorafgaat. Indien de notaris het vermelden van het exacte tijdstip achterwege laat, heeft dat geen gevolgen voor de authenticiteit van de akte.²⁴ Dit heeft echter wel tot gevolg dat het desbetreffende recht bij gebreke van een nadere tijdstipaanduiding achterstaat bij een recht dat wel steunt op een op de minuut gepreciseerde akte. Alleen de gerechtigde tot dit laatste genoemde recht kan zich immers beroepen op de nadere regeling van art. 3:21 lid 2 BW. Reehuis neemt aan dat bij het ontbreken van een nadere aanduiding het tijdstip van 24.00 heeft te gelden, waarmee het recht per definitie achterstaat bij een recht dat wel is voorzien van een tijdstipaanduiding in de akte.²⁵

Aanvankelijk hield het voorgestelde art. 3:21 lid 2 BW in dat uitsluitend de volgorde van dagen waarop de verschillende akten waren opgesteld – vergelijk het uiteindelijke sub a van het betreffende lid – een nadere rangorde-

20 Zie hierover Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/298.

21 Zie PG Boek 3 BW, MvA II, p. 122.

22 Naar de letter van de wet is deze nadere regeling slechts van toepassing op notariële akten. Zie art. 3:21 lid 2 sub b BW. Niet duidelijk is of deze regeling ook toepassing heeft op de rangorde tussen inschrijvingen die geen basis hebben in een notariële akte. Men denke aan het beslag. Deze problematiek komt – mede gelet op art. 505 lid 3 Rv – aan de orde bij de bespreking van de betreffende inschrijving.

23 De wettekst van art. 26 (oud) Wna was aldus en daarmee duidelijker geformuleerd dan het huidige art. 43 Wna dat het opnemen van het tijdstip voorschrijft als zulks ‘van belang kan zijn’.

24 Dat is gelet op art. 40 lid 4 Wna anders als ook de datum ontbreekt. Zie Melis/Waaijer 2012, nr. 6.3.2. Het achterwege laten van het tijdstip kan uiteraard wel leiden tot aansprakelijkheid van de notaris.

25 Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/856.

regeling zou bieden.²⁶ De wetgever verwachtte dat hiermee de belangrijkste gevallen van een oplossing zouden zijn voorzien en vertrouwde erop dat de problemen

‘voor het overige door de rechter zullen kunnen worden opgelost aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval.’²⁷

Zo lijkt de wetgever zich niet te willen wagen aan het regelen van deze materie. Toch wordt in de Invoeringswet de uitzonderingsregel van lid 2 nader uitgewerkt. Voor het uitdrukkelijke geval dat het gaat om notariële akten en verklaringen zal aansluiting worden gezocht – niet slechts bij de dag, maar – bij het nauwkeurige tijdstip van het opmaken van de akten. Als enige onderbouwing wordt aangevoerd dat voor deze akten de Wet op het notarisambt voorschrijft dat het exacte tijdstip moet worden vermeld.²⁸ Het feit dat voor andere gevallen geen tijdstip pleegt te worden vermeld, wordt in de Memorie van Toelichting dan ook als reden genoemd voor het feit dat art. 3:21 lid 2 sub b BW alleen voor gevallen geldt waarin notariële akten zijn opgemaakt.²⁹ Voorts zou aan een regeling voor andere gevallen in de praktijk geen behoefte bestaan. Of dat daadwerkelijk zo is, zal aan de orde komen bij de bespreking van de inschrijvingen als bedoeld in art. 3:21 BW die geen basis hebben in een notariële akte, zoals beslagen en rechterlijke uitspraken.³⁰ Wat daarvan ook zij, uit de parlementaire geschiedenis wordt in ieder geval duidelijk dat de wetgever met art. 3:21 lid 2 BW zonder nadere onderbouwing kiest voor een pragmatische rangorderegeling, die overeenkomt met de Franse rangorderegeling sinds 1955.³¹ Daarmee is echter geen rechtvaardiging gegeven voor het feit dat in het kader van de rangorde betekenis toekomt aan de datum en het tijdstip van de notariële akte. De enkele notariële akte doet het recht immers nog niet tot stand komen, maar pas de inschrijving die daarop volgt. Dat is naar Frans recht anders omdat het recht reeds bij de akte tot stand komt.³² Het aanknopen bij het tijdstip waarop de akte is opgemaakt is voor het Franse recht daarmee veel beter verdedigbaar dan voor het Nederlandse systeem waarin registratie als een constitutief vereiste geldt. Het feit dat notariële akten voorzien moeten worden van datum en tijdstip lijkt de wetgever te hebben aangegrepen om voor een regeling te kiezen waarin de rangorde eenvoudig kan worden vastgesteld aan de hand van de in de akte vermelde tijdstippen.

26 Zie voorgesteld art. 3.1.2.4a in PG Boek 3 BW, p. 128.

27 Zie PG Boek 3 BW, MvA II, p. 122.

28 Zie PG Inv. Boek 3 BW, MvT, p. 1091.

29 Zie PG Inv. Boek 3 BW, MvT, p. 1091.

30 Zie hierna par. 9.4.

31 Zie art. 31 van decreet nr. 55-22 van 4 januari 1955, waarover hierboven par. 6.2.1.

32 Zo wordt bijvoorbeeld voor de totstandkoming van een hypotheek alleen een akte vereist. Zie art. 2418 Cc en Simler & Delebecque 2016, nr. 405.

De prioriteitsregel krijgt als gevolg hiervan geen zuivere toepassing. De ouderdom van rechten op eenzelfde goed – waarbij dus uitsluitend bij het moment van de *totstandkoming* moet worden aangeknoopt – behoort de rangorde te bepalen indien zij met elkaar in conflict komen. Het verdient aanbeveling om gevallen van gelijktijdige inschrijving niet op te lossen aan de hand van een regeling zoals art. 3:21 lid 2 BW, maar door de mogelijkheden van registratie te verruimen, althans niet langer te beperken tot de openingstijden van de kantoren van de Dienst. De digitalisering van het rechtsverkeer heeft meegebracht dat sinds 2009 voor de aanlevering van stukken ter registratie gebruik kan worden gemaakt van ‘stylesheets’ die geheel geautomatiseerd worden ingeschreven.³³ Vooralsnog staat deze geautomatiseerde registratie alleen open voor eenvoudige onroerendgoedtransacties. Complexere stukken dienen eerst door medewerkers van het Kadaster te worden getoetst op de inschrijvingsvereisten. De vertraging die het registratieproces oploopt als gevolg van de menselijke tussenkomst creëert het gevaar dat na de geautomatiseerde registratie van een stylesheetakte alsnog blijkt dat een niet-stylesheetstuk vanwege een eerder aanbiedingstijdstip voorrang heeft. De notaris zal bij de uitbetaling van derdengelden hiermee rekening dienen te houden door zich door middel van de narecherche ervan te vergewissen dat het beoogde rechtsgevolg is ingetreden.³⁴

De actualiteit van de informatie zou worden verbeterd indien iedere aanbidding op geautomatiseerde wijze wordt geregistreerd. Toch zal mede gelet op art. 3:22 BW – dat het belang uitdraagt dat derden vertrouwen aan de registers moeten kunnen ontlenen³⁵ – toetsing aan de inschrijvingseisen moeten plaatsvinden. Om het registratieproces noch op actualiteit noch op betrouwbaarheid te laten inboeten, kan worden gedacht aan de mogelijkheid iedere aanbidding geautomatiseerd in het register van voorlopige aantekeningen te doen inboeken. Dit openbare register is thans alleen bestemd voor ter inschrijving aangeboden stukken die door de bewaarder op grond van art. 3:20 lid 1 BW zijn geweigerd. Indien een aanvankelijk geweigerd stuk alsnog wordt ingeschreven, behoudt het zijn oorspronkelijke aanbiedingstijdstip. In die tussentijd is voor een ieder kenbaar dat mogelijk met terugwerkende kracht een sterker recht wordt ingeschreven. Een hieraan analoge werkwijze met betrekking tot een ter inschrijving aangeboden stuk waarop nog geen controle van de inschrijvingsformaliteiten heeft plaatsgevonden doet recht aan de actualiteit op een wijze die verenigbaar is met art. 3:22 BW. Een niet-stylesheetstuk zal in dat geval op het tijdstip van aanbidding automatisch in het register van voorlopige aantekeningen worden

33 Zie over deze stylesheets – ook wel aangeduid als de naar het programma Ketenintegratie Inschrijving Kadaster vernoemde KIK-akte – Van Velten 2009, p. 37 e.v. en Louwman & Vos, *JBN* 2009/14 en 2009/22.

34 Zie de discussie tussen Breedveld & Kelterman, *WPNR* 2009/6817, Louwman & Vos, *WPNR* 2009/6917 en Zwanikken, *WPNR* 2010/6842 over de gevolgen van de geautomatiseerde inschrijving voor de uitbetaling van de derdengelden.

35 Zie PG Boek 3 BW, p. 109 en 110.

geboekt. Eerst na de controle zal de inschrijving plaatsvinden. Mocht de inschrijving worden geweigerd, dan kan de bewaarder in het register van voorlopige aantekeningen de gerezen bedenkingen erbij vermelden.

Het voordeel van het op geautomatiseerde wijze inboeken van ter registratie aangeboden stukken in het register van voorlopige aantekeningen is dat dit ook buiten de openingstijden van de kantoren van de Dienst kan geschieden. Hoewel de inschrijving in de registers alleen tijdens de openingstijden plaats heeft, zal bij gelijktijdige inschrijving om 9.00 uur de onderlinge rangorde van de gelijktijdig ingeschreven feiten uit het register van voorlopige aantekeningen kunnen worden opgemaakt. Aangezien registergoederen door inschrijving tot stand komen en het inschrijvingstijdstip overeenkomt met het tijdstip van aanbidding, wordt met deze rangorderegeling recht gedaan aan het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten. De rangorde bij gelijktijdige inschrijvingen volgt dan uit het voor een ieder kenbare register van voorlopige aantekeningen in plaats van het nogal willekeurige tijdstip van de akte dat alleen voor de betreffende partij kenbaar is. Het tweede lid van art. 3:21 BW kan dan worden geschrapt. Deze geautomatiseerde inschrijving staat uiteraard alleen open voor stukken die elektronisch worden aangeboden. De per post aangeboden stukken zullen hun rang slechts kunnen ontleen aan het moment van inschrijving. Dat een recht dat is geregistreerd na aanbidding per post per definitie achterstaat bij een gelijktijdig geregistreerd recht dat elektronisch ter inschrijving was aangeboden – van deze laatste kan immers een (vroegere) boeking in het register van voorlopige aantekeningen worden achterhaald – is niet bezwaarlijk. Ook in de huidige praktijk strekt elektronische aanbidding ter registratie immers tot voordeel van degene ten behoeve van wie het recht wordt gevestigd, simpelweg omdat een elektronisch aangeboden stuk de bewaarder eerder zal bereiken dan een recht dat eerst door de post moet worden bezorgd. Geconcludeerd kan worden dat de digitalisering de mogelijkheid heeft gecreëerd om voor gelijktijdig ingeschreven rechten een rangorderegeling te hanteren die beter te verenigen is met goederenrechtelijke uitgangspunten – in het bijzonder de absolute werking en de openbaarheid – dan het huidige tweede lid van art. 3:21 BW.

8.2.3 Afwijkende rangorde

Op de rangorde naar de volgorde van de tijdstippen van inschrijving in de registers bestaan enkele uitzonderingen. Het eerste lid van art. 3:21 BW bepaalt uitdrukkelijk dat uit de wet een afwijkende rangorde kan voortvloeien. Het in de vorige paragraaf uitgewerkte tweede lid van art. 3:21 BW – rangorde naar de volgorde van tijdstippen waarop de akten zijn opgemaakt – betreft één van die uitzonderingen.³⁶ Van een afwijkende rangorde

36 Aldus de wetgever, zie PG Boek 3 BW, p. 122. Toch vormt het tweede lid in zekere zin ook een nadere uitwerking van de hoofdregel, te meer omdat de hierna te bespreken regelingen tevens een uitzondering maken op het tweede lid.

in het kader van goederenrechtelijke rechten op een registergoed is voorts sprake in drie gevallen die hierna afzonderlijk aandacht krijgen.³⁷

8.2.3.1 Hypotheek voor onbetaalde kooppenningen

Het eerste geval betreft de hypotheek ter verzekering van de betaling van de onbetaalde koopsom. Een door de verkoper van een onroerende zaak bij de koopovereenkomst bedongen hypotheek op het verkochte goed die strekt tot waarborg van onbetaalde kooppenningen, heeft op grond van art. 3:261 lid 1 BW namelijk voorrang boven rechten die gelijktijdig zijn ingeschreven. Hiervoor is vereist dat het beding in de akte van levering is vermeld en dat de hypotheekakte tegelijk met de akte van levering wordt ingeschreven. Deze afwijking op art. 3:21 BW³⁸ beoogt te voorkomen dat een verkoper het risico loopt geen toereikende zekerheid voor de betaling van de (restant) koopprijs te hebben als gevolg van de hogere rang van rechten die door de koper in alle haast zijn verleend en tegelijkertijd worden ingeschreven.³⁹ De koper kan immers al voordat de eigendomsoverdracht tot stand is gekomen hypotheekrechten aan derden verlenen omdat hij eerst bij de registratie van deze rechten beschikkingsbevoegd dient te zijn.⁴⁰

De gedachte dat de verkoper moet worden beschermd als hij aan de koper uitstel van betaling heeft verleend, is al terug te vinden bij Hugo de Groot.⁴¹ Bij de koopakte werd destijds vaak een hypotheek op de verkochte zaak bedongen – de zogenoemde kusting – voor het gedeelte van de koopsom dat niet was betaald.⁴² Aangezien de kusting werd geconstrueerd als een door de verkoper voorbehouden hypotheekrecht dat gelijktijdig met de eigendomsoverdracht tot stand kwam, was deze steeds van oudere datum en daarmee van hogere rang dan andere door de koper verleende zekerheidsrechten.⁴³

Het Franse recht voorziet eveneens in een versterking van de positie van de verkoper die aan de koper uitstel van betaling verleent door hem een geprivilegieerde hypotheek toe te kennen.⁴⁴ Een dergelijk privilege dient weliswaar te worden ingeschreven maar ontleent zijn rang aan een eerder moment, namelijk dat van het sluiten van de koopovereenkomst.⁴⁵ Ook naar

37 In dit rijtje pleegt men ook de afwijkende rangorde bij beslag op grond van art. 505 lid 3 Rv te noemen. Dat is zonder meer juist. Het beslag komt evenwel in een latere paragraaf aan de orde omdat dit geen goederenrechtelijk recht op een registergoed betreft.

38 Strikt genomen vormt deze hypotheek een afwijking op het tweede lid van art. 3:21 BW omdat de daarin voorziene regel voor het geval van gelijktijdige inschrijving buiten toepassing blijft.

39 Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/355 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/859.

40 Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/297.

41 Zie De Groot, II, 48, 40.

42 Zie De Groot, III, 14, 25, De Blécourt/Fischer, p. 258 en 259 en Herman, diss. 1914, p. 56.

43 Zie De Groot II, 48, 40 en Herman, diss. 1914, p. 56.

44 Zie art. 2103, eerste alinea Cc (oud), waarover Baudry-Lacantinerie & De Loynes I, nr. 564-567, thans art. 2374, eerste alinea Cc.

45 Zie art. 2379, eerste alinea Cc.

Frans recht wordt derhalve ten gunste van de verkoper van een onroerende zaak de rangorderegeling naar de volgorde van inschrijving doorbroken.⁴⁶ De bevoorrechte positie van de verkoper wordt gerechtvaardigd aan de hand van het idee dat zonder de overdracht door de verkoper de koper de andere rechten op de verkochte zaak niet ten behoeve van derden zou kunnen hebben gevestigd.⁴⁷ De verkoop door de verkoper wordt aldus beschouwd als een voorwaarde zonder welke de nieuw gevestigde rechten niet kunnen bestaan.

Bij de invoering van het BW van 1838 heeft de wetgever de privileges uit de Code civil niet overgenomen.⁴⁸ De verkoper diende als hij zijn positie wenste te versterken een hypotheekrecht op de verkochte zaak te bedingen. Toch heeft de Nederlandse wetgever – teruggrijpend op de Rooms-Hollandse kusting – in een wetsebepaling voorzien die geheel volgens de strekking van het zo-even besproken privilege de positie van de verkoper versterkt door te zijnen bate een afwijking op de rangorde toe te staan.⁴⁹ Op grond van art. 1227 OBW maakte een hypotheek voor onbetaalde kooppenningen immers een uitzondering op de in art. 1226 OBW opgenomen regel dat de rangorde wordt bepaald naar de dagtekening van de inschrijvingen.⁵⁰ Een dergelijke hypotheek, mits deze bij de koopakte werd bedongen en werd ingeschreven binnen acht dagen na de overdracht, nam rang in boven alle binnen dat tijdsverloop door de koper gevestigde⁵¹ hypotheeken. De termijn van acht dagen beoogde de verkoper voldoende tijd te gunnen om de hypotheek te doen inschrijven – in de rechtspraktijk van destijds kon tussen de ‘overschrijving van de koopakte’ en de inschrijving van de hypotheek enige tijd verloren gaan⁵² – zonder dat de overige schuldeisers van de koper al te lang aan het gevaar blootstonden een hypotheek ten behoeve van de verkoper in rang boven zich te moeten dulden.⁵³

De afwijkende rangordebepaling van art. 1227 OBW is zonder uitvoerig ter discussie te hebben gestaan met twee wijzigingen overgenomen in het huidige art. 3:261 BW.⁵⁴ Enerzijds is de termijn van acht dagen geschrapt vanwege de mogelijkheid om de akte van levering en de hypotheekakte

46 Zie over de rangorde naar Frans recht hierboven, p. 98.

47 Zie de Franse parlementaire geschiedenis in Locré XVI, p. 62 en 384 en Baudry-Lacantinerie & De Loynes I, nr. 567. Zie ook de recente literatuur Simler & Delebecque 2016, nr. 429 en Aynès & Crocq 2017, nr. 703.

48 Zie Asser 1838, p. 402.

49 Zie Asser 1838, p. 439.

50 Zie Diephuis VII, p. 449, Land III, p. 376, Opzoomer IV, p. 639 en Van Nierop 1937, p. 199.

51 De wettekst van art. 1227 OBW sprak van hypotheeken die door de koper zijn ‘toegestaan’. Aangezien het enkele ‘toestaan’ van een hypotheek het recht nog niet deed ontstaan, diende hiervoor ‘gevestigd’ te worden gelezen. Zie Diephuis VII, p. 451.

52 Zie Land III, p. 376 die wijst op de inschrijvingsformaliteiten van art. 1231 OBW.

53 Zie Voorduin IV, p. 558-560 en Asser 1838, p. 439.

54 Meijers had in zijn ontwerp art. 1227 BW vrijwel woordelijk overgenomen, zie PG Boek 3, OM, p. 809. Zie voor de wijzigingen PG Boek 3 BW, NvW, p. 810. De invoeringswet bevat geen nadere toelichting, PG Inv. Boek 3 BW, p. 1352.

gelijktijdig aan te bieden, hetgeen in de praktijk doorgaans ook geschiedt.⁵⁵ Anderzijds is de bescherming van de verkoper voor hypotheeken uitgebreid tot alle beperkte rechten die door de koper zijn gevestigd.

Het feit dat de hypotheek voor onbetaalde kooppenningen tegelijk met de akte van levering moet worden ingeschreven heeft reeds tot gevolg dat deze hypotheek weinig praktisch belang heeft. De koper is immers eerst na inschrijving van de akte van levering eigenaar geworden en heeft dus maar beperkt gelegenheid om – gelijktijdig geregistreerde – beperkte rechten ten behoeve van derden te vestigen. Het kwam met de achtdagentermijn onder het oude BW evenmin vaak tot toepassing van deze hypotheek omdat de verkoper in het algemeen de koopsom ten tijde van de levering volledig wil zien worden voldaan. Het is in de regel niet de verkoper die als kredietverstrekker voor de koper optreedt.

Mocht de verkoper niettemin de koper toestaan een deel van de kooppenningen voorlopig onbetaald te laten, dan staat de verkoper bovendien een eenvoudigere mogelijkheid ten dienste. De verkoper kan namelijk op grond van art. 3:81 lid 1 BW de onroerende zaak overdragen onder voorbehoud van een hypotheekrecht.⁵⁶ Vanwege het rechtsgevolg dat door de wetgever aan een dergelijke overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht is toegekend – namelijk dat van een overdracht van een met een beperkt recht bezwaard eigendomsrecht⁵⁷ – zal een voorbehouden beperkt recht altijd voorrang hebben op andere beperkte rechten die door de koper zijn gevestigd. De gekozen constructie beoogt te voorkomen dat het voorbehouden hypotheekrecht het vermogen van de verkrijger passeert, zodat een gebrek in de beschikkingsbevoegdheid van de verkrijger niet aan de totstandkoming van het beperkte recht in de weg staat. Hoewel de wetgever zich niet inlaat met opvattingen over de wijze waarop dit voorbehouden beperkte recht tot stand komt – dat zou in de bewoordingen van regeringscommissaris Snijders ‘onnodig dogmatisch’ zijn⁵⁸ – heeft een overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht het effect van een overdracht van de bloot eigendom.⁵⁹ Daarmee kiest de wetgever bewust noch voor de constructie van de overdracht van de volle eigendom die onmiddellijk wordt

55 De wetgever ging uit van de praktijk waarin de toezending van stukken per post geschiedde. Doordat de stukken in één postbestelling aan de bewaarder werden gezonden, werden ze gelijktijdig aangeboden. Thans heeft de elektronische aanbidding deze praktijk verdrongen. Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/508.

56 Zie over de introductie van deze figuur PG Inv. Boek 3 BW, p. 1196. Aangenomen moet worden dat de regeling van art. 3:81 lid 1 BW ook geldt voor het voorbehouden van een hypotheekrecht bij de overdracht van een onroerende zaak. Zie Huijgen 2016/8, Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/330 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/859.

57 Zie PG Boek 3 BW, p. 407 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/597.

58 Zie PG Boek 3 BW, p. 407.

59 De parlementaire geschiedenis bevat enkele aanknopingspunten voor de theorie dat sprake is van een daadwerkelijke overdracht van de bloot eigendom, zie PG Boek 3, p. 407. Zie de analyse van de verschillende (inhoudelijk tegenstrijdige) passages in de parlementaire geschiedenis, Mollema, diss. 2013, p. 136-139.

gevolgd door de vestiging van een beperkt recht door de verkrijger noch voor de daadwerkelijke overdracht van de blote eigendom. Met deze resultaatgerichte insteek – het doel dat moet worden bereikt is immers dat het beperkte recht het vermogen van de verkrijger niet passeert – gaat de wetgever ervan uit dat het recht van de eigenaar tevens de beperkte rechten omvat. Vanuit die optiek is het mogelijk dat de eigenaar een beperkt recht behoudt bij de eigendomsoverdracht door het recht van de volle eigendom af te splitsen.⁶⁰ Zoals in het kader van de motivering van de prioriteitsregel hierboven in par. 7.2.5 is verdedigd, dient een beperkt recht echter niet te worden beschouwd als een van de eigendom afgesplitst recht.⁶¹ De wetgever kiest aldus opnieuw voor een pragmatische insteek om aan de hand van de afsplitsingstheorie tot het gewenste resultaat te komen.⁶² Indien men overigens het beperkte recht als zelfstandig recht beschouwt, stuit de constructie van de overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht overigens evenzeer op problemen. Gelet op de strekking dat voorkomen moet worden dat de verkrijger een beperkt recht dient te vestigen, zou de vreemder voorafgaand aan de overdracht een beperkt recht ten behoeve van zichzelf moeten vestigen, terwijl een dergelijk beperkt recht op grond van art. 3:81 lid 2 aanhef en onder e BW door vermenging teniet gaat.⁶³

Aangezien de overdracht onder voorbehoud van een hypotheekrecht het effect heeft van een overdracht van de bloot eigendom neemt het voorbehouden hypotheekrecht in conflicten met andere beperkte rechten steeds de hoogste rang in. De Hoge Raad heeft hieromtrent in het arrest Potharst/Sarrée ten aanzien van een voorbehouden pandrecht het volgende overwogen:

‘[Een voorbehouden] pandrecht is immers bij de oorspronkelijk rechthebbende blijven berusten zodat de verkrijger geen pandrecht heeft kunnen vestigen dat als eerder gevestigd zou moeten worden aangemerkt.’⁶⁴

Toegepast op het voorbehouden van een hypotheekrecht bij de overdracht van een onroerende zaak kan worden geconcludeerd dat art. 3:261 lid 1 BW overbodig is geworden. De bescherming die de hypotheek voor onbetaalde kooppenningen biedt tegen gelijktijdig geregistreerde rechten die door de koper bij eerdere akte ten behoeve van derden zijn gevestigd – en derhalve op grond van art. 3:21 lid 2 BW hoger in rang zouden staan – geniet de ver-

60 Verwezen wordt naar de definitie van het beperkte recht, art. 3:8 BW, waarbij Meijers opmerkt dat beperkte rechten moeten worden beschouwd als afgesplitste rechten.

61 In gelijke zin over deze constructie Mollema, diss. 2013, p. 139 en 149.

62 Eerder is beschreven dat de wetgever de afsplitsingstheorie eveneens heeft gebruikt voor de motivering van de prioriteitsregel, zie hierboven p. 122.

63 Zie voor deze dogmatische kanttekeningen Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/597 en in historisch perspectief Jansen, *GrOM* 2008, p. 78 e.v.

64 Zie HR 4 december 1998, *NJ* 1999/549, m.nt. W.M. Kleijn, r.o. 3.6.4. In het kader van pandrechten – die in tegenstelling tot hypotheekrechten wel bij voorbaat kunnen worden gevestigd – betekent dit dat een voorbehouden pandrecht hoger in rang staat dan een eerder bij voorbaat gevestigd pandrecht.

koper eveneens indien hij zich een hypotheekrecht voorbehoudt. Daar komt bij dat een bij de overdracht voorbehouden hypotheek een ruimer toepassingsbereik heeft. Deze kan immers tevens strekken tot verzekering van de terugbetaling van andere schulden dan die uit hoofde van een koopovereenkomst, terwijl art. 3:261 lid 1 BW is beperkt tot de waarborg van de koop-som. Een bij de overdracht voorbehouden beperkt recht vormt daarmee net als de hypotheek voor onbetaalde kooppenningen een uitzondering op de prioriteitsregel.

8.2.3.2 *Hypotheek voor overbedelingssom bij verdeling*

Een dergelijke bijzondere voorrang voor de hypotheek die hierboven is besproken kent de wet eveneens toe aan de hypotheek tot waarborg van de bij een verdeling schuldig gebleven overbedelingssom. Het gaat om het geval waarin een gemeenschappelijke onroerende zaak aan een of meer deelgenoten wordt toegedeeld en de schuld die als gevolg van de toedeling ontstaat niet aanstonds wordt voldaan. De uittredende deelgenoot kan bij de verdeling een hypotheek bedingen op het verdeelde goed tot waarborg van de schuldig gebleven overbedelingssom. Deze hypotheek heeft dan zonder rekening te houden met art. 3:21 lid 2 BW voorrang op tegelijkertijd ingeschreven rechten. Hiermee wordt beoogd de (ex-)deelgenoot die een onderbedelingsvordering heeft bescherming te bieden.⁶⁵ Ook deze hypotheek die via de schakelbepaling in art. 3:261 lid 2 BW dezelfde voorrang geniet als de hypotheek voor onbetaalde kooppenningen, kan worden teruggevoerd op het Franse recht.⁶⁶ Het privilege dat het Franse recht aan de uittredende deelgenoot toekent, kwam onder het OBW – zij het in sterk afgezwakte vorm – tot uitdrukking in art. 1228 OBW, de voorganger van het huidige art. 3:261 lid 2 BW.⁶⁷ Het verschil is dat naar Nederlands recht het zekerheidsrecht niet uit kracht van de wet ontstaat, maar bij de verdeling moet zijn bedongen.⁶⁸ De voorrang in de rangorde ontleent deze hypotheek wel aan de wet doch geldt thans alleen nog jegens tegelijk met de verdelingsakte geregistreerde rechten.⁶⁹ Naar Frans recht biedt het privilege ruimere bescherming omdat ook oudere conventionele hypotheeken worden achtergesteld bij het wette-

65 De strekking is dezelfde als die van de hypotheek voor onbetaalde kooppenningen. In beide gevallen gaat het om het waarborgen van de onbetaald gebleven tegenprestatie.

66 Zie Asser 1838, p. 438. Vgl. het huidige art. 2374, derde alinea Cc, oorspronkelijk neergelegd in art. 2109 Cc (oud).

67 In het ontwerp Meijers kwam ook deze bepaling vrijwel woordelijk overeen met het oude recht. De wetbepaling is uiteindelijk met kleine wijzigingen ingevoerd. Zie PG Boek 3 BW, p. 809-811. De koppeling met de hypotheek voor onbetaalde kooppenningen is daarmee blijven bestaan.

68 Er dient overigens naar Frans recht wel inschrijving plaats te vinden, zie art. 2426 Cc. Zie voor de rang art. 2381 Cc.

69 Onder oud BW gold ook hier de termijn van acht dagen en zag de bescherming alleen op hypotheeken. Zie PG Boek 3 BW, NvW, p. 810.

lijke zekerheidsrecht van de uittredende deelgenoot.⁷⁰ Aangezien het gevaar dat er gelijktijdig ingeschreven rechten met een hogere rang tot stand komen maar beperkt is, wordt aan art. 3:261 lid 2 BW zelden bescherming ontleend.

Een groter gevaar schuilt in de beperkte rechten die de deelgenoot aan wie de onroerende zaak wordt toebedeeld voor de verdeling op zijn aandeel had gevestigd. Deze beperkte rechten komen op grond van art. 3:177 lid 1 BW na de verdeling te rusten op het goed voor zover dat door die deelgenoot wordt verkregen. De hypotheek voor de overbedelingssom zou in concurrentie met deze reeds bestaande rechten steeds van jongere datum en daarmee van lagere rang zijn. Om de positie van de uittredende deelgenoot ook jegens deze rechten te versterken, verleent art. 3:177 lid 3 BW aan de hypotheek tot waarborg van de schuldig gebleven overbedelingssom voorrang boven de beperkte rechten die een deelgenoot *tevorens* op zijn aandeel had gevestigd.⁷¹ Deze bijzondere beschermingsbepaling vormt daarmee een afwijking op de rangordebepaling van art. 3:21 BW. Met deze voorrangsregel ten bate van de uittredende deelgenoot wordt naar het oordeel van de wetgever

‘[...] op evenwichtige wijze recht gedaan zowel aan de belangen van de beperkt gerechtigden op een aandeel, als aan die van de deelgenoten.’⁷²

De oudere beperkt gerechtigden worden weliswaar achtergesteld bij de hypotheek van de uittredende deelgenoot, maar dit kan worden gebillijkt door de uitbreiding die hun rechten als gevolg van de verdeling van rechtswege ondergaan.⁷³ Rustte het beperkte recht immers eerst op het aandeel, na de verdeling komt het beperkte recht op het goed te rusten.⁷⁴ Toch moet de rechtvaardiging van art. 3:177 lid 3 BW niet in de uitbreiding van het recht van de beperkt gerechtigden worden gevonden. Voor een hypotheekhouder is weliswaar de uitbreiding van een beperkt recht op het aandeel naar een recht op het gehele goed gunstig, zijn hypotheekrecht wordt evenwel omgezet van dat van eerste naar tweede hypotheekhouder. Ook al komt hem evenzeer het recht van parate executie toe, het recht van tweede hypotheek-

70 Naar Frans recht heeft een verdeling – evenals naar oud BW – terugwerkende kracht. Daarmee is een hypotheekrecht dat door een deelgenoot op zijn aandeel wordt gevestigd slechts voorwaardelijk geldig. Indien het gemeenschapsgoed aan de ander wordt toegedeeld, is de hypotheek nietig. Zie hierover Van Hemel, diss. 1998, p. 59 e.v. Vgl. het huidige art. 3:177 lid 1 BW.

71 De wet bepaalt in art. 3:177 lid 3 BW dat de hypotheek wordt gevestigd op ‘het hem toegedeelde’. Het wettelijk uitgangspunt is dat de verkrijgende deelgenoot het *goed* verkrijgt en niet slechts het *aandeel* dat voor de verdeling aan de uittredende deelgenoot toebehoorde. Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1299 bij art. 3:186 in combinatie met art. 3:182 BW. De hypotheek rust derhalve op het goed.

72 Zie PG Boek 3 BW, MvA II, p. 603.

73 Zie Huijgen 2016/12.1 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/356.

74 Het is natuurlijk ook mogelijk dat er meerdere deelgenoten overblijven – vgl. de definitie van verdeling in art. 3:182 lid 1 BW – in welk geval het hypotheekrecht komt te rusten op het goed voor zover dit door de overblijvende deelgenoten wordt verkregen.

houder is slechter af dan dat van de eerste hypotheekhouder. Een eventuele waardedaling van de bezwaarde zaak treft immers vooral de positie van de tweede hypotheekhouder. Zijn verhaalspositie is afhankelijk van de omvang van de onderbedelingsvordering waarvoor de hoogst gerangschikte hypotheek is bedongen. Deze hypotheek strekt in de regel tevens tot zekerheid voor drie jaren rente, waardoor de positie van de tweede hypotheekhouder verder wordt verzwakt.

De afweging die de wetgever in art. 3:177 lid 3 BW heeft gemaakt tussen de belangen van de deelgenoten en de beperkt gerechtigden slaat derhalve door in het voordeel van de deelgenoten. De rechtvaardiging van deze afwijking op de rangorderegel moet derhalve worden gevonden in de bijzondere bescherming die de wet aan de uittredende deelgenoot ter zake van de overbedelingsvordering beoogt te bieden. Om die reden zal een hypotheek die ten behoeve van ander wordt gevestigd – bijvoorbeeld een bank die de overbedelingsom financiert – geen afwijkende rang toekomen.⁷⁵ Hoewel de wettekst dat niet expliciet bepaalt, moet worden aangenomen dat – zoals ook het Franse privilege is gebonden aan de persoon van de uittredende deelgenoot – art. 3:177 lid 3 BW alleen van toepassing is op een hypotheek die ten behoeve van de uittredende deelgenoot wordt gevestigd.⁷⁶

Om een dergelijke hypotheek met hogere rang te verkrijgen is wel vereist dat het hypotheekrecht ten behoeve van de uittredende deelgenoot tegelijkertijd met de levering wordt gevestigd. Om deze gelijktijdige vestiging te bewerkstelligen zal de hypotheekakte tegelijk met de akte van levering moeten worden ingeschreven. Dat het hierbij om twee akten gaat die na elkaar worden opgemaakt is niet bezwaarlijk.⁷⁷ Er behoeft immers geen nadere rangorde te worden vastgesteld naar het tijdstip waarop de verschillende akten zijn opgemaakt omdat deze inschrijvingen niet leiden tot onverenigbare rechten. Aangezien het tweede lid van art. 3:21 BW in dit geval geen toepassing heeft, behoeven de levering en de hypotheekverlening niet bij dezelfde notariële akte te geschieden. Tegen een dergelijke combi-akte kan bovendien het bezwaar worden aangevoerd dat de deelgenoot eerst na de levering beschikkingsbevoegd is om op het toegedeelde goed een hypotheekrecht te vestigen.⁷⁸ Er is geen noodzaak om in dit kader af te wijken

75 Het voorbeeld van Heisterkamp in Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/437 berust daarmee op een misvatting.

76 Het Franse privilege is gebaseerd op de gelijkheid van de deelgenoten en de verrijking van de deelgenoot aan wie het goed wordt toegedeeld. Zie Aynès & Crocq 2017, nr. 706. Daarmee strookt niet dat ook derden die de overbedelingsschuld financieren een bevoorrechte positie kunnen verkrijgen.

77 Anders Asser/Perrick 3-V 2015/177 die de gelijktijdige vestiging aldus begrijpt dat in de akte van levering het recht van hypotheek dient te worden gevestigd.

78 Voor het geval van een overdracht onder voorbehoud van een beperkt recht biedt art. 24 lid 4 Kadw uitdrukkelijk de mogelijkheid om te volstaan met één akte, mits de vestiging van het beperkte recht afzonderlijk is vermeld. De beschikkingsbevoegdheid vormt in dit geval geen beletsel omdat de wetgever deze overdracht bewust construeert als de overdracht van de blote eigendom, zodat het beperkte recht het vermogen van de verkrijger niet passeert.

van de gangbare praktijk ter zake van de overdracht van onroerende zaken waarbij de akte van levering en de kort daarna opgemaakte hypotheekakte gelijktijdig worden ingeschreven.⁷⁹ Het vereiste van gelijktijdige vestiging beoogt mijns inziens uitsluitend om ervan blijk te geven dat er een verband bestaat tussen de verdeling en de hypotheekvestiging om aldus de voorrangspositie van dit hypotheekrecht te kunnen rechtvaardigen.

Overigens zou het tijdstip waarop de hypotheekakte tot stand komt wel degelijk van belang zijn in concurrentie met rechten die door de verkrijgende deelgenoot *na* de akte van levering maar *voor* de hypotheekakte aan derden zijn verleend en tegelijkertijd worden ingeschreven, ware het niet dat tegen deze rechten art. 3:261 lid 2 BW bescherming biedt.

8.2.3.3 Rangwisseling

De voor de praktijk belangrijkste uitzondering op de prioriteitsregel wordt gevormd door de in art. 3:262 BW neergelegde mogelijkheid tot rangwisseling.⁸⁰ In beginsel bepaalt de inschrijving van een hypotheekrecht – waarmee aan de laatste constitutieve eis is voldaan met als gevolg dat het recht tot stand komt – tevens de rang van het goederenrechtelijke recht. Het is op grond van art. 3:262 BW evenwel mogelijk om bij notariële akte die in de registers wordt ingeschreven een afwijkende rangorde te bepalen, mits uit die akte blijkt dat de daarbij betrokken gerechtigden daarin toestemmen. Met deze in 1992 ingevoerde bepaling heeft de wetgever tegemoet willen komen aan de behoefte van de praktijk om een recht te kunnen verkrijgen dat een hogere rang inneemt dan een eerder ingeschreven recht.⁸¹ Een gewenste afwijking van de wettelijke rangorde kan zich in uiteenlopende situaties voordoen. Men kan denken aan een herfinanciering waarbij de kredietverstrekker alleen bereid is een nieuwe lening te verschaffen indien hij hiervoor een hypotheek met hoogste rang verkrijgt.⁸²

Onder het oude BW werd hetzelfde resultaat bereikt door de omslachtige weg te volgen van de ‘lichting’ of het ‘opstaan’ van oudere hypotheeken.⁸³ In deze constructie werd de inschrijving van de eerste hypotheek doorgehaald, waarna de nieuwe hypotheek als het hoogst gerangschikte recht kon worden ingeschreven. De aanvankelijk eerste hypotheek werd hierna opnieuw inge-

79 Dat gelijktijdige inschrijving ook hier een beschikkingsbevoegdheidsprobleem kan veroorzaken – eerst door inschrijving gaat immers de eigendom over – leidt in de praktijk niet tot problemen. Zie Van Velten 2015, p. 337. Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/848 over de toepassing van convalescentie (alwaar dit begrip overigens niet wordt onderscheiden van bekrachtiging). Zie over de toepassing van art. 3:58 BW in het kader van de geldige totstandkoming van een pandrecht HR 28 november 2014, NJ 2016/90, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.6.2.

80 Zie Huijgen 2016/12.1 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/860.

81 Zie PG Boek 3 BW, TM, p. 811.

82 Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/358 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/860.

83 Zie hierover Van Nierop 1937, p. 196-199 en Roes, diss. 1970, p. 129-137.

schreven, waarmee het de tweede rang verkreeg. Aangezien de doorhaling van de eerste hypotheek onder voorbehoud van het zekerheidsrecht plaatsvond – het was immers niet de bedoeling dat dit recht teniet zou gaan – heeft men in de literatuur geworsteld om deze figuur in het wettelijk systeem te plaatsen.⁸⁴ Het doorhalen van de inschrijving moest zodanig worden geconstrueerd dat hiermee geen afstand werd gedaan van het recht, maar slechts van de rang die aan de oorspronkelijke inschrijving was verbonden. Een dergelijke figuur past beter in het Franse systeem waarin de inschrijving geen vereiste is voor de totstandkoming van het zekerheidsrecht. Naar Frans recht behoudt men bij het doorhalen van de inschrijving het recht van hypotheek. Hoewel de constructie van lichting algemeen als rechtsgeldig werd geaccepteerd,⁸⁵ heeft Meijers de moeilijkheden ervan ingezien en aan de figuur van rangwisseling een wettelijke basis toegekend.⁸⁶ Het toepassingsbereik is bovendien uitgebreid tot alle beperkte rechten, zodat tevens wordt voorzien in de mogelijkheid om een hypotheekrecht te vestigen op de volle eigendom nadat de zaak reeds met een beperkt genotsrecht was bezwaard.⁸⁷

De in het nieuwe BW gecodificeerde rangwisselingsfiguur bestaat in de mogelijkheid om bij overeenkomst af te wijken van de uit de wet voortvloeiende rangorde naar anciënniteit van de rechten. Aan deze overeenkomst is, mits is voldaan aan de in art. 3:262 BW gestelde eisen, goederenrechtelijk effect verbonden.⁸⁸ Zo is vereist dat de rangwisseling wordt gegoten in een notariële akte waaruit blijkt dat de bij de rangwisseling betrokken beperkt gerechtigden⁸⁹ tot de onroerende zaak hun toestemming hebben verleend en dat die akte is ingeschreven in de openbare registers.⁹⁰ Evenals naar Duits⁹¹ recht kan de rangwisseling worden gerealiseerd op het moment van de vestiging van een nieuw hypotheekrecht dat een hogere rang wenst in te nemen

84 Van Nierop 1937, p. 196, Asser-Scholten II, p. 519 en Pitlo 1965, p. 430. De twee laatstgenoemden hebben betoogd dat lichting gelet op de jarenlange praktijk als gewoonterecht moest worden aanvaard.

85 Zie Asser-Scholten II, p. 520 en Van Nierop 1937, p. 196.

86 Zie PG Boek 3 BW, TM, p. 811.

87 Deze in het tweede lid van het artikel opgenomen regel vormt een toevoeging op het Ontwerp Meijers. Zie PG Boek 3 BW, p. 812.

88 In de parlementaire geschiedenis is de vraag opgeworpen welk karakter de in art. 3:262 BW bedoelde akte draagt. In antwoord hierop is gesteld dat het gaat om een 'zakelijke' overeenkomst. Zie PG Boek 3 BW, p. 811 en 812.

89 Ten overvloede wordt opgemerkt dat de bloot eigenaar niet erbij behoeft te worden betrokken. Ieder beperkt recht heeft immers volledige werking tegenover de bloot eigenaar. Slechts in de onderlinge verhouding kan – als gevolg van de toepassing van de prioriteitsregel, zie hierover nader par. 8.6 – de werking van jongere beperkte rechten (deels) worden ontzegd.

90 Van Oven wist onder oud recht tot een vergelijkbaar resultaat te komen zonder dat een wettelijk fundament aanwezig was. Zie Asser/Van Oven 1967, p. 230.

91 In het BGB wordt de mogelijkheid om ten tijde van de vestiging (§ 879 lid 3) van de wettelijke rangorde af te wijken onderscheiden van de mogelijkheid om op een later moment een afwijkende rangorde overeen te komen (§ 880).

dan reeds ingeschreven rechten, maar het is ook mogelijk dat de rangwisseling naderhand bij afzonderlijke akte geschiedt.⁹²

De afwijking van de wettelijke rangorde berust op de toestemming van de gerechtigden die een wijziging in hun onderlinge rang ondergaan. Dat impliceert dat voor de geldigheid van de rangwisseling niet is vereist dat *alle* gerechtigden tot de onroerende zaak hun toestemming verlenen, maar alleen diegenen die van rang wisselen. In de parlementaire geschiedenis is expliciet de situatie besproken waarin drie gerechtigden een beperkt recht aan de zaak ontlenden. Voor een rangwisseling tussen de eerste en de derde gerechtigde is de toestemming van de tweede gerechtigde niet noodzakelijk, doch deze rangwisseling komt bij het ontbreken van die toestemming jegens hem geen werking toe. De wetgever licht de gevolgen hiervan – voor het geval er drie hypotheekhouders op de zaak zijn gevestigd – als volgt toe:

‘Zo zal de oorspronkelijke derde hypotheekhouder alsdan bij een eventuele executie slechts in zoverre de rechten van de eerste hypotheekhouder kunnen uitoefenen als deze op dat ogenblik nog bestaan. Belooft de oorspronkelijke eerste hypotheek een geringer bedrag dan de vordering van de oorspronkelijke derde hypotheekhouder of is de eerste hypotheekhouder intussen ten dele voldaan, dan zal de derde hypotheekhouder bij de verdeling van de opbrengst slechts voor dit geringe bedrag boven de tweede gaan. Is de oorspronkelijke eerste hypotheekhouder op het ogenblik van de executie reeds geheel tenietgegaan, dan staat de derde hypotheek bij die verdeling ten volle bij de tweede achter.’

Het feit dat de derde hypotheekhouder na zijn rangwisseling met de eerste toch nog afhankelijk is van de rechten die de oorspronkelijk eerste hypotheekhouder op het moment van executie heeft, is goederenrechtelijk lastig te doorgronden. Het goederenrechtelijk effect dat de rangwisseling toekomt, veronderstelt immers dat de (uit de registers volgende) rangwijziging werking heeft tegenover eenieder, daaronder begrepen alle andere beperkt gerechtigden tot de betreffende onroerende zaak. Deze rangwisseling werkt echter relatief – immers jegens de tussenliggende hypotheekhouder werkt deze niet – en schept daarmee een onoverzichtelijke situatie waarin twee verschillende rangordes naast elkaar bestaan.⁹³ De van rang gewisselde hypotheekhouders hebben namelijk onderling een andere rangorde dan de rang die zij ieder afzonderlijk ten opzichte van de tweede hypotheekhouder hebben. Deze problematiek is alleen aan de orde indien de van rang wisselende rechten geen opvolgende rang innemen. Zo zal een rangwisseling tussen de eerste twee gerechtigden een eventueel derde recht niet benadelen en zal de positie van de eerst gerechtigde evenmin worden beïnvloed door een rangwisseling tussen de gerechtigden tot het tweede en derde recht.

92 Het ontwerp bepaalde aanvankelijk dat ‘in de hypotheekakte’ een andere rang kon worden toegekend. Aangezien ook na de inschrijving rangwisseling mogelijk is, heeft de wetgever uiteindelijk het begrip ‘notariële akte’ in de wettekst opgenomen. Zie PG Boek 3 BW, p. 811 en 812.

93 Ook Roes voert aan dat hiermee aan een gewrongen, onhanteerbare en onaanvaardbare constructie wordt vastgehouden. Zie Roes, diss. 1970, p. 148 en 149.

In die gevallen werkt de rangwisseling absoluut. Alleen indien sprake is van een tussenliggende gerechtigde die zijn toestemming niet verleent, komt een rangwisseling met relatieve werking tot stand.

Het Duitse recht kiest voor eenzelfde benadering met betrekking tot de positie van een tussengerechtigde. Een rangwisseling heeft op grond van § 880 lid 5 BGB geen werking jegens de tussengerechtigde indien hij zijn medewerking niet verleent.⁹⁴ Aanvankelijk stond de wetgever evenwel een andere zienswijze voor. Het eerste wetgevingsontwerp voor het BGB vereiste namelijk uitdrukkelijk de medewerking van de tussengerechtigde. De wetgevingscommissie overwoog dat de werkzaamheid van de rangwisseling afhankelijk moest worden gesteld van de medewerking van de tussengerechtigde omdat zijn belangen door de rangwisseling konden worden geschaad.⁹⁵ De commissie van het tweede (uiteindelijk ingevoerde) ontwerp erkende weliswaar dat de positie van de tussengerechtigde moest worden gewaarborgd, maar wilde niet zover gaan dat zonder diens medewerking rangwisseling in het geheel niet mogelijk zou zijn.⁹⁶ Hoewel een dergelijke strenge regel uitblinkt in eenvoud en duidelijkheid, werd gesteld dat het rechtsverkeer baat zou hebben bij een mogelijkheid tot rangwisseling ook indien de medewerking van de tussengerechtigde ontbreekt. Het resultaat is gevonden in een goederenrechtelijk werkende rangwisseling die zonder medewerking van de tussengerechtigde evenwel slechts relatief werkt.

Voor het huidige Nederlandse recht is gelet op de korte toelichting van Meijers op de ontwerp tekst de zienswijze van de Duitse wetgever gevolgd. Zo heeft de Nederlandse wetgever niet willen voorzien in een theoretische fundering voor de figuren die onder het oude recht in zwang waren, maar eveneens voor een pragmatische benadering gekozen. Het zou overzichtelijker en dogmatisch zuiverder zijn om voor de goederenrechtelijke werking van de rangwisseling te vereisen dat iedere tussenliggende gerechtigde – zo daarvan sprake is – zijn toestemming verleent. Bij gebreke van die toestemming dient het gevolg van de gewenste rangwisseling in de obligatoire sfeer te worden geplaatst.⁹⁷ Hiermee kunnen de van rang wisselende gerechtigden hetzelfde resultaat bereiken zonder dat de grens tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht onnodig vertroebelt doordat een goederenrechtelijke doch slechts relatief werkende rangwisseling in het leven wordt geroepen. Aangezien de afspraak tussen de gerechtigden tot het eerste en derde recht immers geen werking heeft jegens de tussenliggend gerechtigde, is er geen noodzaak om deze afspraak wel ten opzichte van derden te laten gelden. De verbintenisrechtelijke werking van deze onderlinge afspraak

94 Men maakt in de literatuur hetzelfde onderscheid tussen relatief en absoluut werkende rangwisselingen. Zie Staudinger/Kutter § 880, Rn 33 en 46.

95 Zie de *Motive* bij het ontwerp van § 841 lid 2 (de uiteindelijke § 880 BGB) in Mugdan III, p. 127.

96 Zie Mugdan III, p. 552.

97 Vgl. de vorm van rangwisseling die ten aanzien van pandrechten eveneens in de contractuele sfeer wordt toegepast. Zie hierover par. 8.3.4.

volstaat.⁹⁸ Indien derhalve een rangwisseling wordt bewerkstelligd met een tussenliggend recht, dient art. 3:262 BW met zijn goederenrechtelijke werking alleen toepassing te krijgen voor zover de tussengerechtigde met de rangwisseling instemt. Het verdient aanbeveling om deze eis in het laatste zinsdeel van art. 3:262 lid 1 BW op te nemen. De goederenrechtelijke uitgangspunten waarop art. 3:262 BW als een wettelijk uitzondering wordt toegelaten, worden op die manier niet verder dan noodzakelijk ondermijnd.

8.3 PRIORITEIT BIJ COLLIDERENDE PANDRECHTEN⁹⁹

8.3.1 Invoering stil pandrecht

Het nieuwe BW brak met de traditie dat roerende zaken slechts in pand konden worden gegeven door deze uit de macht van de debiteur te brengen. Sinds 1992 kan de debiteur die de zaak onder zich wenst te houden – hetgeen aanvankelijk werd bewerkstelligd door de zaak fiduciair in eigendom over te dragen en door middel van *constitutum possessorium* te leveren¹⁰⁰ – op die zaak een pandrecht vestigen door middel van een authentieke of onderhands geregistreerde akte. Hetzelfde geldt voor de verpanding van vorderingsrechten. De verplichte mededeling aan de *debitor cessus* kan thans achterwege blijven indien het pandrecht wordt gevestigd bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte.

De introductie van dergelijke stille¹⁰¹ pandrechten heeft de mogelijkheid doen toenemen dat roerende zaken en vorderingsrechten ten behoeve van verscheidene crediteuren in zekerheid worden gegeven.¹⁰² Anders dan bij de fiduciaire eigendomsoverdracht tast de zekerheidsverlening in de vorm

98 Ter verzekering van de nakoming hiervan kan in deze onderlinge verhouding zo nodig een goederenrechtelijk zekerheidsrecht worden gevestigd.

99 Ik richt mij op pandrechten op roerende zaken en vorderingsrechten omdat dit een geordende bespreking van de prioriteitstoepassing bij pandrechten ten goede komt. Aangezien een pandrecht kan worden gevestigd op alle overdraagbare goederen die geen registergoed zijn, is deze indeling niet volledig. Ook aandelen in een vennootschap, intellectuele eigendomsrechten en beperkte rechten kunnen bijvoorbeeld het object van een pandrecht zijn.

100 Zie over deze ontwikkeling hierna par. 8.5.

101 Ik hanteer het begrip ‘stil pandrecht’ voor pandrechten op zowel roerende zaken als vorderingsrechten omdat ik deze twee categorieën doorgaans gezamenlijk bespreek. In de literatuur wordt de term stil pandrecht wel gereserveerd voor vorderingsrechten en wordt ter onderscheiding hiervan ‘vuistloos pandrecht’ gekoppeld aan roerende zaken. Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/165 en Steneker 2012/1. De term ‘bezitloos pandrecht’ dient te worden vermeden omdat deze ten onrechte suggereert dat de vuistpandhouder het bezit van de verpande zaak verkrijgt.

102 Onder oud BW bestond de kleine theoretische mogelijkheid dat een zaak verscheidene malen in vuistpand werd gegeven indien deze in de macht van een overeengekomen derde werd gebracht. Zie art. 1199 OBW ten aanzien waarvan Opzoomer IV, p. 591, voetnoot 2 opmerkt dat hiermee dubbele verpanding mogelijk is gemaakt.

van de vestiging van een pandrecht de beschikkingsbevoegdheid van de debiteur immers niet aan.¹⁰³ Vanwege de absolute werking die aan goederenrechtelijke zekerheidsrechten toekomt, beheerst de – in dit verband niet gecodificeerde – prioriteitsregel de onderlinge verhouding tussen de pandhouders.¹⁰⁴ Pandrechten nemen onderling in beginsel rang in naar de volgorde van de tijdstippen waarop zij tot stand zijn gekomen.

8.3.2 Moment van totstandkoming

Voor pandrechten die bij authentieke akte worden gevestigd betreft het totstandkomingsmoment het tijdstip waarop de – in de regel – notariële akte is opgesteld.¹⁰⁵ De notaris dient het jaar en de dag op de akte te vermelden op grond van art. 40 lid 2 Wna. Bovendien dient hij het op de minuut nauwkeurige tijdstip op te nemen.¹⁰⁶ Het derde lid van art. 40 Wna gebiedt immers de notaris het tijdstip op te nemen indien dat voor de inschrijving in de openbare registers of om een *andere reden* van belang kan zijn. Van inschrijving in de openbare registers is bij de totstandkoming van een pandrecht weliswaar geen sprake,¹⁰⁷ maar voor het vaststellen van de rangorde van pandrechten die op dezelfde dag bij notariële akten zijn gevestigd, is het tijdstip wel degelijk van belang.¹⁰⁸ De notariële akte met het vroegste tijdstip heeft immers een eerder en daarmee sterker pandrecht doen ontstaan.

Hoewel de vestiging bij authentieke akte het voordeel heeft dat deze een executoriale titel tot afgifte biedt, bedient de praktijk zich vanwege praktische en kostenbesparende motieven doorgaans van een onderhandse pandakte.¹⁰⁹ In dat geval dient registratie plaats te vinden om het pandrecht tot stand te laten komen. De registratie vormt een constitutief vereiste en geschiedt bij een inspecteur van de Belastingdienst ter keuze van de aanbieder.

103 Hierover wordt wel anders gedacht. Zie de bespreking van de andersluidende opvatting in par. 7.2.4.

104 De vaststelling van de rangorde naar ouderdom volgt wel uit PG Boek 3 BW, MvA II, p. 763 en 764.

105 Onder andere authentieke akten dan akten die door de notaris zijn opgesteld kan gedacht worden aan een deurwaardersexploot en een proces-verbaal van comparatie. Deze lenen zich echter niet voor de vestiging van een pandrecht. Zie Snijders & Rank-Berenschot 2017/533 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/166.

106 Anders dan bij het ontbreken van de dag en het jaar, behoudt de akte bij het ontbreken van het tijdstip zijn authenticiteit.

107 Overigens dient de notaris op grond van art. 3 lid 1 Registratiewet 1970 de authentieke akte wel degelijk ter registratie aan te bieden, doch deze registratie speelt geen rol bij de totstandkoming van het pandrecht en vindt evenmin plaats in *openbare registers*.

108 Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/166. Het tot op de minuut nauwkeurige tijdstip krijgt geen aandacht bij Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/765 en 809.

109 Afgifte van de zaak kan dan via de voorzieningenrechter worden bewerkstelligd. De praktische reden is gelegen in het feit dat de onderhandse pandakte – in tegenstelling tot de notariële akte, zie art. 37 lid 2 Wna – slechts door de pandgever hoeft te worden ondertekend.

der, met inachtneming van de daartoe opengestelde kantoren.¹¹⁰ Het betreft anders dan bij de registratie van een hypotheekrecht – en anders dan Meijers ten aanzien van stille pandrechten had voorgesteld¹¹¹ – geen openbaar register.¹¹² De registratie verschaft dus geen publiciteit aan het pandrecht, maar vormt slechts een waarborg tegen verduistering en antedatering.¹¹³ De kenbaarheid van oudere rechten aan een pandhouder wordt uitsluitend gewaarborgd door middel van de plicht die op de pandgever rust om in de pandakte – voor zover deze voor de vestiging is vereist – te verklaren dat reeds één of meer rechten op het goed rusten. Het onjuist of niet vermelden van oudere rechten staat evenwel niet aan de totstandkoming van het pandrecht in de weg en kan slechts verbintenisrechtelijk worden gesanctioneerd.¹¹⁴

De wet vermeldt niet bij welk tijdstip moet worden aangesloten voor het totstandkomingsmoment van het stille pandrecht. De administratieve handelingen van de inspecteur ten aanzien van ter registratie aangeboden akten kunnen enig tijdsverloop in beslag nemen. De inspecteur dient immers op grond van art. 18 Uitvoeringsbeschikking op de aangeboden akte – met vermelding van de dagtekening – een door hem ondertekende verklaring van registratie te stellen. Naar het oordeel van de Hoge Raad is het een te respecteren belang van de aanbieder van de akte dat hij zelf de dag kan bepalen waarop de vereisten voor een geldige verpanding zijn vervuld.¹¹⁵ Aangezien de registratie rechtszekerheid beoogt te bieden met betrekking tot de datering van de akte, dient de dag waarop de akte ter registratie wordt aangeboden als dag van registratie te worden aangemerkt. Daaraan voegt de Hoge Raad nog toe dat art. 3:19 lid 2 BW – waarin ten aanzien van de inschrijving in de openbare registers uitdrukkelijk is bepaald dat het moment van aanbieden geldt als moment van registratie – zich te dezen leent voor analoge toepassing.

De wet schrijft niet voor dat voor het registratiemoment bij het tot op de minuut nauwkeurige tijdstip moet worden aangeknoopt.¹¹⁶ De inspecteur is ook niet gehouden om naast de dagtekening tevens het uur en de minuut

110 Zie art. 4 sub c Uitvoeringsbeschikking Registratiewet 1970 waarin nadere regelgeving als bedoeld in art. 13 Registratiewet 1970 is opgenomen.

111 Zie over het door Meijers voorgestelde pandregister dat de behandeling in de Tweede Kamer niet overleefde, hierboven par. 7.4.3. De kenbaarheid van zekerheidsrechten uit een openbaar pandregister vormde voor Meijers het voornaamste argument om het zekerheidsrecht op roerende zaken en vorderingen in een pandrecht te gieten en de zekerheidsoverdracht juist vanwege het gebrek aan publiciteit te verbieden.

112 Zie de kritiek op dit gebrek aan publiciteit van goederenrechtelijke rechten hierboven, par. 7.4.

113 Zie hierover Struycken 2009, p. 131-136 en Kaptein, diss. 2016, p. 76-82.

114 Men vergelijk het Romeinse recht waarin nakoming van deze plicht met strenge strafrechtelijke sancties werd gewaarborgd. Zie hierboven p. 14. Thans kan in het kader van het strafrecht worden gewezen op art. 225 en 227 Sr.

115 Zie HR 14 oktober 1994, NJ 1995/447, m.nt. W.M. Kleijn (*Rivierland/Gipsen*).

116 Zie PG Inv. Boek 3 BW, MvA II Inv, p. 1330. De wetgever merkt op dat de dagtekening in een doorsnee geval voldoende zal zijn om de rangorde te doen vaststaan.

te vermelden.¹¹⁷ Toch moet worden aangenomen dat het precieze tijdstip – indien bekend – wel van belang is als het aankomt op een botsing tussen twee op dezelfde dag ter registratie aangeboden pandrechten. Ieder pandrecht wordt gevestigd op het moment waarop het ter registratie wordt aangeboden. Zuivere toepassing van de prioriteitsregel brengt mee dat een eerder tot stand gekomen recht rang inneemt voor een later gevestigd recht, ook al worden beide rechten op dezelfde dag gevestigd. Gelet op de analogie die de Hoge Raad in dit kader maakt met de wetsbepaling inzake de registratie van registergoederen, kan worden verdedigd dat het nauwkeurige aanbiedingstijdstip van belang is.¹¹⁸ Bij de aanbieding ter registratie in de openbare registers is immers – mits de aanbieding op werkdagen tussen 9.00 en 15.00 geschiedt – het precieze tijdstip doorslaggevend. Het uitgangspunt dat op dezelfde dag geregistreerde rechten gelijke rang innemen is met de invoering van het nieuwe BW verlaten. De eventuele – eveneens analoge – toepassing van art. 3:21 lid 2 BW inhoudende dat de rangorde wordt bepaald naar de volgorde van de tijdstippen waarop de pandakten zijn opgesteld, moet worden afgewezen. Het registratievereiste vormt een waarborg tegen antedatering. Indien een onderhandse akte een beslissende rol zou kunnen vervullen bij het vaststellen van de rangorde, dan zou deze waarborg aanzienlijk worden ondermijnd.¹¹⁹ Bovendien zou aan de analoge toepassing van de betreffende regeling weinig betekenis toekomen omdat het doorslaggevende precieze tijdstip waarop de akte is opgemaakt bij onderhandse pandakten veelal ontbreekt.¹²⁰ Bij de toepassing van art. 3:21 lid 2 BW in het kader van conflicterende registergoederen ligt dat anders omdat de ter registratie aangeboden rechten in dat geval een basis hebben in een notariële akte. Overigens moet het aansluiten bij het tijdstip waarop de akten zijn opgemaakt – gesteld dat zulks mogelijk is – ook op principiële gronden worden afgewezen. Met het opmaken van de onderhandse akte komt het pandrecht immers nog niet tot stand, terwijl de rangorde nu juist conform de prioriteitsregel naar de volgorde van de totstandkomingstijdstippen wordt vastgesteld.¹²¹ Alleen het exacte tijdstip van aanbieding is beslissend voor de plaats die het pandrecht in de rangorde inneemt omdat dat moment voor de totstandkoming van een stil pandrecht doorslaggevend is. Een eerder tot stand gekomen pandrecht verkrijgt een hogere rang dan een later tot stand gekomen pandrecht, ook als ze op dezelfde dag tot stand komen. Het feit dat dit eerdere tijdstip niet kenbaar is aan een latere pandhouder kan geen argument tegen deze op de minuut nauwkeurige prioriteitstoepassing zijn omdat stille pandrechten vanwege de wijze waarop het register is ingericht in het geheel niet kenbaar zijn. Het verdient aanbeveling dat de inspecteur

117 Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/167.

118 Volgens Van Mierlo ligt het voor de hand om art. 3:21 lid 2 BW zo veel mogelijk naar analogie toe te passen. Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/168.

119 In deze zin ook Loesberg 2001, p. 240 en Faber & Vermunt 2010, p. 171.

120 Zie Faber & Vermunt 2010, p. 172.

121 Vgl. hetgeen hierboven in par. 8.2.2 is opgemerkt.

naast de dagtekening tevens het op de minuut nauwkeurige tijdstip van aanbidding vermeldt. Alleen indien geen nader onderscheid kan worden gemaakt tussen twee op dezelfde dag aangeboden pandrechten – hetgeen naar huidig recht vaak het geval zal zijn – zullen zij gelijke rang innemen.¹²²

8.3.3 Derdenbescherming

In verband met de beperkte publiciteit biedt de wet bij de vestiging van een pandrecht – in het bijzonder ten aanzien van roerende zaken¹²³ – bescherming aan derden te goeder trouw. De regeling ter bescherming van het recht van een pandnemer heeft twee dimensies. In de eerste plaats kan een pandnemer net als een verkrijger van een goed worden beschermd indien hij zijn recht verkrijgt van een beschikkingsonbevoegde.¹²⁴ Die bescherming houdt in dat het door de pandnemer beoogde rechtsgevolg toch intreedt ondanks dat niet aan alle vereisten voor de vestiging is voldaan. Zo verkrijgt de pandnemer ingevolge art. 3:238 lid 1 BW een geldig zekerheidsrecht ondanks de beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever indien hij te goeder trouw is op het tijdstip waarop de zaak in zijn macht of in de macht van een derde is gebracht. Deze bescherming van de pandnemer van een roerende zaak vormt een uitwerking van art. 3:86 BW.¹²⁵ Aangezien de goede trouw is gekoppeld aan het tijdstip van de machtsverschaffing komt deze bescherming impliciet alleen toe aan de vuistpandhouder. Voor een stil pandrecht geldt dat dit recht eerst met een beroep op art. 3:238 lid 1 BW tot stand kan komen nadat het (niet tot stand gekomen) stille pandrecht op grond van art. 3:237 lid 3 BW is omgezet in een vuistpandrecht. Ook in dat geval zal sprake moeten zijn van goede trouw bij de pandnemer op het moment van de machtsverschaffing.¹²⁶ Vanwege het belang dat de wetgever toekent aan de feitelijke macht is deze regeling voor de vuistpandnemer goed te verenigen met de beschermingsregeling ten behoeve van de verkrijger van een roerende zaak.¹²⁷ Zo lang de zaak immers niet in de handen van de verkrijger is

122 Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/128. Loesberg verdedigt dat een gelijktijdige registratie leidt tot een gemeenschappelijk pandrecht. Zie Loesberg 2001, p. 240-241. Loesberg mist echter met zijn vergelijking tussen eigendomsrechten en pandrechten dat op een goed verscheidene pandrechten kunnen rusten.

123 Alsmede ingevolge art. 3:238 lid 1 BW ten aanzien van een pandrecht op een recht aan toonder of order of op een vruchtgebruik van een zodanige zaak of recht.

124 Zie hierover Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/116 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/770.

125 Zie PG Boek 3 BW, MvA II, p. 753. Anders dan in art. 3:86 BW is in art. 3:238 lid 1 BW bovendien niet expliciet opgenomen dat de vestiging anders dan om niet moet hebben plaats gevonden. Overigens kan de (oorspronkelijke) eigenaar die het bezit van de zaak door diefstal heeft verloren, deze zaak gedurende drie jaren vrij van het pandrecht revindiceren. Zie art. 3:238 lid 3 BW.

126 Zie PG Boek 3 BW, MvA II, p. 754.

127 Het Duitse recht koppelt in § 1207 BGB op vergelijkbare wijze terug naar de bepalingen ter zake van de verkrijging van een beschikkingsonbevoegde. Zie Baur-Stürner 2009, p. 757 en 758.

gekomen zal een beroep op art. 3:86 lid 1 BW gelet op het bepaalde in art. 3:90 lid 2 BW geen geldige overdracht tot gevolg kunnen hebben.¹²⁸

Een andere dimensie betreft de bescherming ten behoeve van een pandnemer indien de zaak met oudere beperkte rechten is bezwaard. Ingevolge het tweede lid van art. 3:238 BW gaat een pandrecht in rang boven oudere beperkte rechten indien de pandnemer ten tijde van de machtsverschaffing deze beperkte rechten kende noch behoorde te kennen. Deze bescherming – opnieuw exclusief ten gunste van de vuistpandhouder – wordt wetssysteematisch geconstrueerd als een bescherming tegen de gedeeltelijke beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever.¹²⁹ Hoewel de pandgever rechthebbende is van het goed waarop reeds een stil pandrecht rust, wordt hij in die opvatting geacht niet over het goed in onbezwaarde toestand te kunnen beschikken. Ter zake van de vestiging van een pandrecht met eerste rang wordt hij aldus als gedeeltelijk beschikkingsonbevoegd beschouwd. Ik acht deze uitleg ongelukkig. Zoals hierboven reeds is verdedigd tast de vestiging van een beperkt recht de beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende niet – zelfs niet gedeeltelijk – aan.¹³⁰ Indien het een gebrek in de beschikkingsbevoegdheid zou betreffen dat niet door een geslaagd beroep op goede trouw kan worden geheeld, dan zou het pandrecht niet aan alle totstandkomingsvereisten voldoen. Ervan uitgaande dat aan de overige vereisten voor de vestiging is voldaan, komt het tweede pandrecht evenwel zonder meer tot stand. Het tweede pandrecht zal zijn rang in verhouding tot andere pandrechten echter niet ontleen aan de overeenkomst met de pandgever, maar overeenkomstig de prioriteitsregel aan het vestigingsmoment.

Het gevolg van de bescherming ten behoeve van de vuistpandhouder is dat hij het eerder gevestigde stille pandrecht niet tegen zich hoeft te laten gelden. Om de vuistpandhouder adequate bescherming te bieden is voldoende dat aan hem een pandrecht met hogere rang wordt toegekend. De bescherming hoeft dus niet zo ver te gaan dat het eerste pandrecht in het geheel vervalt, zoals ingevolge art. 3:86 lid 2 BW het geval is bij de verkrijging van een met een pandrecht bezwaarde roerende zaak. Als *lex specialis* bepaalt art. 3:238 lid 2 BW daarom dat het als tweede gevestigde pandrecht in rang voor het als eerste gevestigde pandrecht gaat.¹³¹ Het resultaat is dat er een rangwisseling plaatsvindt tussen de eerste en tweede pandhouder, doch de aanduiding van dit rechtsgevolg met deze term is verwarrend

128 Zie nader over art. 3:90 lid 2 BW hierna in par. 8.5.

129 Zie PG Boek 3 BW, p. 324 en over gedeeltelijke beschikkingsonbevoegdheid in de literatuur Snijders & Rank-Berenschot 2017/531.

130 Zie par. 7.2.5.

131 Het Duitse recht bevat in § 1208 BGB een gelijklopende regeling. Men moet zich echter realiseren dat het in deze wetsbepaling bedoelde *Recht eines Dritten* alleen een pandrecht kan zijn indien de verpande zaak zich onder een derde bevindt. Aangezien het BGB geen stille pandrechten toestaat, kan alleen een situatie ontstaan waarin ingevolge § 1208 BGB meerdere pandrechten op een zaak rusten als de pandrechten zijn gevestigd door middel van middellijke bezitsverschaffing als bedoeld in § 1205 lid 2 BGB.

omdat deze ten onrechte associaties oproept met de in art. 3:262 BW opgenomen figuur.¹³² Een mogelijkheid om een afwijkende rangorde overeen te komen – waarover in de paragraaf hierna nader wordt uitgeweid – bevat de wet echter niet in het kader van pandrechten.

Om als pandhouder ondanks het bestaan van oudere pandrechten een eersterangs recht te verkrijgen dient aan twee – niet geheel van elkaar te onderscheiden – voorwaarden te zijn voldaan. Zo moet in de eerste plaats de zaak in de macht van de pandhouder of van een derde zijn gebracht.¹³³ Evenals bij de regeling ter bescherming van een derdeverkrijger vervult de feitelijke macht een kernfunctie. Een beroep op art. 3:86 BW zal immers falen zolang de zaak niet in de handen van de verkrijger is gekomen.¹³⁴ De verschuiving van de feitelijke macht geldt als vereiste omdat men ten aanzien van roerende zaken in beginsel degene die de macht over de zaak uitoefent als rechthebbende en daarmee als beschikkingsbevoegde mag beschouwen. Een derde kan immers niet op een andere manier nagaan of de vervreemder bevoegd is om over de zaak te beschikken. De macht die iemand over een roerende zaak uitoefent, legitimeert hem als rechthebbende.¹³⁵ Bij de vestiging van een vuistpandrecht legitimeert die feitelijke macht de pandgever bovendien als rechthebbende van een *onbezwaarde* zaak.¹³⁶ De pandnemer kan zich immers van het bestaan van oudere stille pandrechten net zo min vergewissen als van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever.

Daarnaast zal de pandnemer op het moment van de feitelijke machtsverschuiving te goeder trouw moeten zijn. De invulling van dit vereiste geschiedt aan de hand van de algemene maatstaf van art. 3:11 BW.¹³⁷ Het gaat erom dat de pandnemer het eerder gevestigde stille pandrecht kende noch behoorde te kennen. Voor de geobjectiveerde goede trouw geldt dat oplettendheid van de pandnemer mag worden verwacht.¹³⁸ Indien hij reden had om te twijfelen aan de onbezwaarde goederenrechtelijke status van de zaak behoort hij nader onderzoek in te stellen.¹³⁹ Hoeveer deze onderzoeksplicht strekt, hangt af van de omstandigheden van het geval. In het kader

132 Zie hierboven in het kader van hypotheekrechten par. 8.2.3.3.

133 Voor de vestiging van een vuistpand is beslissend dat de zaak uit de macht van de pandgever wordt gebracht. Vgl. de Franse terminologie *gage avec dépossession*. Zie tevens art. 3:258 lid 1 BW.

134 Zie hierover nader Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/430.

135 Deze leer wordt doorgaans toegeschreven aan Scholten vanwege zijn toelichting op art. 2014 OBW in Asser/Scholten II, p. 95. Zie hierover Salomons, diss. 1997, p. 229 e.v.

136 Zie PG Boek 3 BW, p. 324 en Snijders & Rank-Berenschot 2017/381.

137 Zie PG Boek 3 BW, p. 753 waar in de toelichting op art. 3:238 lid 2 BW voor de eis van goede trouw wordt aangesloten bij art. 3:86 BW. De wetsgeschiedenis bij art. 3:86 BW verwijst voor de invulling van de goede trouw naar art. 3:11 BW. Zie PG Boek 3 BW, p. 322.

138 Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/153 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/419.

139 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1029.

van art. 3:86 lid 2 BW is in de rechtspraak enige invulling gegeven aan de omstandigheden waaronder een verkrijger een stil pandrecht behoort te kennen.¹⁴⁰ Hieruit volgt dat een verkrijger relatief snel wordt beschermd, mede omdat de belangen van de schuldeiser en verkrijger elkaar niet hoeven te bijten.¹⁴¹ De vervreemder kan immers in theorie met de ontvangen koopprijs zijn schuld aan de schuldeiser voldoen. Eenzelfde soepele invulling van de goede trouw leent zich naar mijn mening evenwel niet voor de toepassing van art. 3:238 lid 2 BW.¹⁴² Een pandnemer zal eerder dan een derdeverkrijger moeten twijfelen aan de goederenrechtelijk onbezwaarde status van de zaak en zo nodig nader onderzoek moeten instellen. Op een derdeverkrijger rust een beperkte onderzoeksplicht indien de zaak in de normale bedrijfsuitoefening wordt vervreemd. De verkrijger mag in beginsel erop vertrouwen dat de vervreemder bevoegd is om de zaak over te dragen.¹⁴³ Dat is anders ten aanzien van het vestigen van een pandrecht. Daartoe zal de rechthebbende in beginsel in de normale bedrijfsuitoefening juist niet bevoegd zijn. Een beperking van de onderzoeksplicht voor de pandnemer analoog aan die van de derdeverkrijger kan dan ook niet worden aangenomen.¹⁴⁴ Verscheidene pandnemers hebben immers in beginsel juist wel met elkaar strijdige belangen. Het krediet dat wordt verschaft zal in theorie niet worden aangewend om de schuld aan de eerste pandnemer af te lossen.¹⁴⁵

Een andere reden om niet te lichtvaardig de aanwezigheid van goede trouw te veronderstellen is dat de stil pandhouder niet al te snel zijn recht moet kunnen verliezen. Een regeling van derdenbescherming waarborgt de belangen van derdeverkrijgers en opvolgende pandhouders – of, zo men wil, de rechtszekerheid – maar daar staat tegenover dat een rechthebbende niet

140 Zie HR 29 juni 1979, NJ 1980/133 (*Hoogovens/Matex*) waaruit volgt dat een verkrijger zelfs wordt beschermd als hij rekening moest houden met de mogelijkheid dat de zaak was bezwaard met een stil pandrecht, maar ervan uit mocht gaan dat dit recht niet zou worden uitgeoefend. Zie voorts een bespreking van de uitvoerige jurisprudentie in het kader van de verkrijging van een tweedehandsauto Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/154.

141 Zie Reehuis, diss. 1987, p. 159.

142 Zie anders Rechtbank Rotterdam 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR5525. De rechtbank neemt in dit vonnis vrij gemakkelijk de aanwezigheid van goede trouw aan en honoreert het beroep van de vuistpandhouder op art. 3:238 lid 2 BW. Overigens had de vuistpandhouder in deze zaak zijn positie tevens versterkt met een retentierecht.

143 Zie Reehuis, diss. 1987, p. 81, 82 en 159.

144 Zwalve pleit voor de omkering van de bewijslast indien de pandgever werkzaam is in een branche waar het notoir is dat men niet de onbelaste eigenaar is van de goederen waarvan men zich bij de uitoefening van zijn bedrijf bedient. Op de pandnemer zou in een dergelijk geval de bewijslast moeten rusten dat hij te goeder trouw is. Zie Zwalve 1998, p. 182.

145 Als dat wel het geval is, zal de nieuwe schuldeiser hiertegen in beginsel geen bezwaar hebben omdat zijn recht dan in rang opschuift. Het eerste pandrecht gaat immers teniet als de vordering waarvoor het pandrecht tot zekerheid strekte wordt voldaan.

te snel zijn recht moet kunnen verliezen.¹⁴⁶ Deze belangenafweging heeft geresulteerd in de beschermingsregeling van art. 3:238 lid 2 BW waarvoor de feitelijke macht en de goede trouw worden vereist. Indien het vereiste van goede trouw ten gunste van de vuistpandhouder soepel wordt toegepast wordt de stil pandhouder onevenredig zwaar getroffen. Weliswaar gaat zijn recht niet geheel teniet maar wordt het alleen in rang verlaagd, toch is deze verzachting slechts van theoretische waarde. Een tweederangs pandrecht zal hem in de regel niet de benodigde zekerheid verschaffen om zijn vordering volledig voldaan te krijgen.¹⁴⁷ Het moet worden toegegeven dat de vuistpandhouder zich niet van het bestaan van het oudere stille pandrecht kan vergewissen. Het is evenwel een bewuste keuze van de wetgever van het nieuwe BW om het stille pandrecht als volwaardig goederenrechtelijk zekerheidsrecht te erkennen, ondanks de gebrekkige publiciteit die hieraan is verbonden.¹⁴⁸ Ook dat gebrek berust op een bewuste keuze van de wetgever.¹⁴⁹ Onder afwijzing van het registerpand is immers een goederenrechtelijk recht geïntroduceerd dat niet kenbaar is aan derden. Het onvermijdelijke gevolg daarvan is dat een vuistpandhouder – dat was onder Romeins recht overigens niet anders¹⁵⁰ – kan worden geconfronteerd met een stil pandrecht dat een hogere rang inneemt. Het verbintenissenrecht biedt het kader om het verzuim van de pandgever om het oudere recht kenbaar te maken te sanctioneren. Ook voor een stil pandhouder geldt dat de in art. 3:237 lid 2 BW opgenomen plicht om oudere rechten kenbaar te maken slechts obligatoir wordt gewaarborgd.¹⁵¹ Voor de toepassing van art. 3:238 lid 2 BW is alleen in zeer uitzonderlijke gevallen ruimte, omdat anders de absolute werking van het goederenrechtelijke zekerheidsrecht wordt miskend. Bovendien leidt art. 3:238 lid 2 BW tot een zeker willekeurig onderscheid tussen de verschillende pandrechten. Een stil pandhouder kan zich immers nooit op bescherming beroepen en ten aanzien van pandrechten op vorderingen laat de wet geen doorbreking van de prioriteitsregel toe ten gunste van een later geves-

146 Zie PG Boek 3 BW, p. 723 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/376 waarin de belangen van de oorspronkelijk gerechtigde en de derdeverkrijger tegenover elkaar worden gesteld. Abstraherend van het concrete belang van de rechthebbende wordt ook wel verdedigd dat zijn recht wordt opgeofferd ten voordele van het algemene belang van de rechtszekerheid in het handelsverkeer. Zie voor een bespreking van de verschillende opvattingen hierover Kaptein, diss. 2016, par. 2.6.5.

147 Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/781. Het is maar de vraag voor welke vorderingen en voor welk bedrag het eerst gerangschikte pandrecht tot zekerheid strekt. De pandakte – die bij vuistpandrecht zelfs niet is vereist – hoeft daaromtrent geen opgave te doen.

148 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1197.

149 Zie hierboven par. 7.4.3 over het lot van het door Meijers voorgestelde registerpand.

150 Naar Romeins recht wordt de prioriteitsregel onverkort toegepast. Zie par. 2.2.2.

151 Zie PG Boek 3 BW, p. 749. Overigens staat op de schending van deze plicht ook een strafrechtelijke sanctie. Aangezien de pandgever verplicht is over het bestaan van oudere rechten 'in de akte te verklaren', is sprake van valsheid in geschrifte op grond van art. 225 dan wel art. 227 Sr. Mogelijk maakt de pandgever zich tevens schuldig aan oplichting op grond van art. 326 Sr.

tigd openbaar pandrecht.¹⁵² De regeling van art. 3:238 lid 2 BW past slecht in een systeem waarin een stil pandrecht en een vuistpandrecht in beginsel gelijkwaardige rechten zijn.¹⁵³

Normaliter raakt het onderwerp van derdenbescherming niet aan dat van de prioriteitsregel. De toepassing van de prioriteitsregel is het gevolg van botsende absolute rechten, terwijl de bescherming van derden zoals bedoeld in art. 3:86 BW nu juist geen verband houdt met het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten. Het feit dat het jongere recht als gevolg van derdenbescherming sterker is dan een ouder recht moet niet worden beschouwd als een doorbreking van de prioriteitsregel, maar als een verschuiving van recht. Het oudere recht is immers als gevolg van de derdenbescherming komen te vervallen. Dat is anders bij de bescherming van de vuistpandhouder ten detrimente van de stil pandhouder. Het rechtsgevolg is niet dat het recht van de stil pandhouder vervalt, maar slechts een lagere rang verkrijgt.¹⁵⁴ Daarmee bevindt de bescherming van de vuistpandhouder als bedoeld in art. 3:238 lid 2 BW zich wel op het terrein van de prioriteitsregel.

Het gebrek aan publiciteit van stille pandrechten maakt het gebruik van een derdenbeschermingsregel onvermijdelijk.¹⁵⁵ Indien dit gebrek zou worden opgeheven – bijvoorbeeld door de invoering van een stelsel van registratie en publicatie¹⁵⁶ – zou derdenbescherming overbodig worden.¹⁵⁷ Een derdeverkrijger of pandnemer zou zich dan immers nooit kunnen beroepen op (geobjectiveerde) goede trouw omdat het stille pandrecht kenbaar was door raadpleging van de registers. Niet alleen zou een dergelijk stelsel behulpzaam zijn bij het op nauwkeurige wijze vaststellen van de onderlinge rangorde van pandrechten, maar tevens zou de prioriteitsregel kunnen worden toegepast zonder te worden doorbroken door een regeling zoals die van art. 3:238 lid 2 BW. Naar Frans recht wordt de prioriteitsregel in de verhouding tussen stille pandnemers en vuistpandnemers onverkort toegepast.¹⁵⁸ Een latere vuistpandhouder kan zich immers door raadpleging van een digitaal register vergewissen van het bestaan van het oudere stille pandrecht. Overigens dient de waarde van een dergelijk register voor rechtspraktijk niet

152 Zie PG Boek 3, p. 763 en 764, Snijders & Rank-Berenschot 2017/542, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/822. Ook art. 3:88 BW kan niet aan de orde komen omdat deze bepaling – anders dan het tweede lid van art. 3:86 BW – geen bescherming biedt tegen op het goed drukkende beperkte rechten.

153 Toch heeft een vuistpandhouder op bepaalde aspecten een sterkere positie dan een stil pandhouder. Zie het overzicht bij Snijders & Rank-Berenschot 2017/534.

154 Ook de wetgever beschouwt de beschermingsregel als een uitzondering op de prioriteitsregel. Zie PG Boek 3 BW, p. 747.

155 Zie bijvoorbeeld Kaptein, diss. 2016, p. 39 en Struycken, diss. 2007, p. 793.

156 Recentelijk heeft ook Kaptein, diss. 2016, p. 247 e.v. de invoering van een (facultatief) registerpandrecht bepleit.

157 Overigens kleven aan de wijze waarop een pandregister moet worden ingericht de nodige moeilijkheden, zoals het actueel houden van de te raadplegen informatie. Naar Frans recht verliest het pandrecht ingevolge art. 7 van het decreet nr. 2006-1804 van 23 december 2006 zijn werking vijf jaar na de inschrijving, tenzij de inschrijving wordt vernieuwd.

158 Zie art. 2340 eerste alinea Cc, waarover hierboven par. 6.2.3.

te worden overschat.¹⁵⁹ Het feit dat oudere rechten uit openbare registers kenbaar zijn, betekent niet dat iedere schuldeiser steeds het register zal raadplegen.¹⁶⁰ Toch strekt de introductie van een pandregister tot de aanbeveling.¹⁶¹ Een stelsel zonder derdenbescherming en daarmee onverkorte toepassing van de prioriteitsregel neemt tot uitgangspunt dat de rechthebbende – en niet de derde te goeder trouw – wordt beschermd. Een dergelijk stelsel waarborgt goederenrechtelijke rechten – in het bijzonder stille pandrechten – hetgeen de rechtszekerheid in het handelsverkeer bevordert.

8.3.4 Rangwisseling

In de praktijk bestaat de behoefte om bijvoorbeeld in het kader van een herfinanciering een pandrecht te kunnen verkrijgen dat een hogere rang inneemt dan de rang die het recht door toepassing van de prioriteitsregel toekomt.¹⁶² Waar art. 3:262 BW ten aanzien van hypotheekrechten voorziet in de mogelijkheid om een van de prioriteitsregel afwijkende rangorde te bepalen, ontbreekt een uitdrukkelijke regeling voor pandrechten. Het uitgangspunt van de wet is dan ook dat een tussen de pandhouders onderling overeengekomen rangwisseling slechts obligatoir effect heeft, derhalve niet tegen derden kan worden ingeroepen en evenmin bestand is tegen het faillissement van een der partijen. Om toch een rangwisseling met goederenrechtelijk effect te kunnen bewerkstelligen wordt in de literatuur op ruime schaal analoge toepassing van art. 3:262 BW verdedigd.¹⁶³ Zo wordt erop gewezen dat pand en hypotheek in de kern hetzelfde recht vormen.¹⁶⁴ Een regeling ter zake van de rangwisseling voor pandrechten past in die opvatting geheel in het stelsel van de wet.¹⁶⁵ Het feit dat voor pandrechten een wettelijke regeling ontbreekt, wordt wel afgedaan met de veronderstelling dat deze wens van de praktijk aan de aandacht van de wetgever is ontsnapt omdat onder de vigeur van het oude BW de fiduciaire eigendomsoverdracht niet tot een meervoudige zekerheidsstelling kon leiden.¹⁶⁶ De regeling van

159 Deze relativisering van het doel dat met het destijds voorgestelde registerpand wordt bereikt werd ook in de parlementaire behandeling naar voren gebracht. Zie PG Boek 3 BW, p. 724.

160 Zie ook Baur-Stürner 2009, p. 775 waar ten aanzien van *Grundpfandrechten* wordt opgemerkt dat de publiciteit nou eenmaal is beperkt tot diegenen die het *Grundbuch* werkelijk inzien.

161 Tot deze conclusie komt ook Kaptein, diss. 2016, p. 254 e.v. vanuit het perspectief van de pandnemer.

162 Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/781, Abendroth, *WPNR* 2014/7029 en Krzeminski, *WPNR* 2016/7092.

163 Zie onder meer Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/131a, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/781, Faber & Vermunt 2010, p. 168, Kleijn, *JBN* 1998/61, Steneker 2012/25, Krzeminski, *WPNR* 2016/7092 en Beekhoven van den Boezem, *WPNR* 2015/7072.

164 Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/781, Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/131a en Beekhoven van den Boezem, *WPNR* 2015/7072.

165 Zie Faber & Vermunt 2010, p. 168 en Beekhoven van den Boezem, *WPNR* 2015/7072.

166 Zie Faber & Vermunt 2010, p. 168 en Beekhoven van den Boezem, *WPNR* 2015/7072.

art. 3:262 BW is immers in de wet opgenomen om aan de wens van de praktijk tegemoet te komen.¹⁶⁷ Analoge toepassing brengt mee dat een goederenrechtelijke rangwisseling kan plaatsvinden indien alle beperkt gerechtigden die van rang wisselen daarmee instemmen en hiervan een authentieke of onderhands geregistreerde akte wordt opgemaakt.¹⁶⁸

Indien alle betrokken pandhouders het eens zijn, lijkt het aannemen van de mogelijkheid van rangwisseling voor de hand te liggen. Toch meen ik dat rangwisseling zonder uitdrukkelijke wetsbepaling niet mogelijk moet worden geacht. Een bepaling zoals die van art. 3:262 BW vormt een uitdrukkelijk toegelaten uitzondering op het goederenrechtelijke uitgangspunt dat de rangorde wordt vastgesteld naar anciënniteit van de rechten. Een dergelijke uitzondering bestaat bij de gratie van de wetgever. De veronderstelling dat de wetgever niet aan het opnemen van een rangwisselingsregel zou hebben gedacht vormt geen argument om de mogelijkheid aan te nemen om met goederenrechtelijk effect een op de prioriteitsregel afwijkende rangorde overeen te komen. Welbeschouwd past de figuur van rangwisseling ook niet in het systeem van de wet. De wetgever heeft rangwisseling in art. 3:262 BW juist toegelaten in afwijking op het systeem van de wet.

Naast de bezwaren van dogmatische aard tegen analoge toepassing, kunnen ook praktische bezwaren worden aangevoerd. Een eerste bezwaar houdt verband met de publiciteit van pandrechten. Hoewel moet worden toegegeven dat pand en hypotheek in de kern dezelfde rechten zijn, vertonen zij op het gebied van publiciteit een wezenlijk verschil.¹⁶⁹ In de eerste plaats verschaffen de openbare registers ten aanzien van hypotheekrechten informatie over de rangorde die partijen beogen te wijzigen. Bij pandrechten staat de rangorde echter niet objectief vast omdat het totstandkomingstijdstip niet uit enig openbaar register valt vast te stellen en daardoor evenmin alle in de rangorde betrokken pandrechten kenbaar zijn. Daarnaast kunnen bij de rangwisseling van hypotheekrechten aan de hand van de informatie uit de registers alle betrokkenen worden geïdentificeerd die met de rangwisseling moeten instemmen. Het aanduiden van alle rechten die op het goed rusten is ten aanzien van roerende zaken – en in nog hogere mate bij vorderingsrechten – geen sinecure. De kenbaarheid van oudere rechten is voor stille pandhouders immers beperkt tot hetgeen in de pandakte daarover door de pandgever is verklaard. Voorts zal het feit dat bij pandrecht anders dan bij hypotheek¹⁷⁰ de hoogte van de verzekerde vordering niet bij

167 Zie PG Boek 3 BW, p. 811.

168 Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/131a.

169 Zie Krzeminski, *WPNR* 2016/7092 die in het publiciteitsgebrek twee praktische hindernissen ziet voor het effectief realiseren van een afwijkende rangorde. Zie ook Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/131a.

170 Deze praktische belemmering speelt bij hypotheek in vergelijkbare zin indien de hypotheekstelling is geschied ter verzekering van toekomstige schulden. Overigens zal ook in dat geval in de akte een maximumbedrag moeten worden opgenomen. Een voorbeeld is de zogenaamde bankhypotheek. Zie hierover Huijgen 2016/7 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/293.

de totstandkoming hoeft te worden opgenomen en niet kenbaar is voor de overige pandhouders remmend werken op de bereidheid om een rangwisseling te bewerkstelligen.¹⁷¹ Een pandhouder zal immers niet instemmen met een rangverlaging indien hij zijn verhaalspositie niet nauwkeurig kan vaststellen.

Zo lang de wetgever een regeling voor rangwisseling niet heeft gecodificeerd en de Hoge Raad zich evenmin over de analoge toepassing heeft uitgelaten dient een rangwisseling te worden gerealiseerd doordat de eerste pandhouder afstand doet van zijn pandrecht om aldus een andere schuldeiser in de gelegenheid te stellen een eersterangs pandrecht te verkrijgen, alvorens opnieuw, doch dit maal een tweederangs, pandrecht te bedingen.¹⁷² Een alternatieve constructie om tot een rangwisseling te komen kan worden gevonden in de figuur van de herverpanding.¹⁷³ Indien aan de pandhouder de bevoegdheid daartoe ondubbelzinnig is toegekend, kan hij op het bezwaarde goed een herpandrecht vestigen ten behoeve van een tweede schuldeiser.¹⁷⁴ Dit herpandrecht strekt tot zekerheid van de schuld van de (oorspronkelijke) pandgever.¹⁷⁵ Deze tweede schuldeiser verkrijgt als herpandhouder een zelfstandig pandrecht dat in afwijking op de prioriteitsregel de rang van het oorspronkelijke pandrecht inneemt.¹⁷⁶ Aangenomen moet worden dat deze rangwisseling goederenrechtelijk werkt, doch slechts relatief.¹⁷⁷ De herverpander moet weliswaar de herpandnemer voor zich dulden – waarmee de rangwisseling niet slechts een obligatoire rege-

171 Zie Krzeminski, *WPNR* 2016/7092 die deze onzekerheid als een belangrijke drempel beschouwt om tot analoge toepassing van art. 3:262 BW te komen.

172 Vgl. de hierboven in par. 8.2.3.3 beschreven praktijk van het 'lichten' van hypotheeken die onder het regime van het oude BW bestond.

173 Zie Krzeminski, diss. 2013, p. 176 en Faber & Vermunt 2010, p. 175 en Van Hees 2001, p. 231 die de praktische toepassing van herverpanding in de context van rangwisseling plaatsen.

174 Die bevoegdheid moet ondubbelzinnig worden toegekend omdat hij als niet-eigenaar in beginsel de bevoegdheid mist om tot verpanding over te gaan.

175 In dit geval wordt het herpandrecht dus gevestigd tot zekerheid van een schuld van een derde. Oorspronkelijk strekt de figuur van de herverpanding ertoe dat de pandhouder opnieuw krediet kan aantrekken door de aan hem verpande zaak op zijn beurt te herverpanden tot zekerheid van een eigen schuld. Zie over de ontwikkeling Krzeminski, diss. 2013, p. 24 e.v.

176 Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid – opgemerkt wordt dat de pandhouder jegens de herpandnemer geacht wordt afstand te hebben gedaan van zijn rang – dat herverpanding rangwisseling tot gevolg heeft. Zie PG Boek 3 BW, p. 767. Algemeen wordt aangenomen dat de rangwisseling ligt besloten in het karakter van herverpanding. Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/133, Krzeminski, diss. 2013, p. 143, Faber & Vermunt 2010, p. 175.

177 Zie Krzeminski, diss. 2013, p. 145, Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/133, Stenekker 2012/14 en Faber & Vermunt 2010, p. 176. Het belang van goederenrechtelijke werking manifesteert zich in het bijzonder bij het faillissement van de herpandgever. De curator zal het recht van de herpandnemer die zich als separatist met voorrang op het (her)pandobject kan verhalen moeten eerbiedigen.

ling is – maar het kan niet zo zijn dat de rechten van derden als gevolg van de herverpanding worden geschaad. Indien de eerste pandnemer overgaat tot herverpanding van een goed waarop reeds een tweede pandrecht is gevestigd, blijft de positie van de tweede pandhouder ongewijzigd.¹⁷⁸ Zijn positie zou anders volledig worden uitgehold door het na zijn recht ontstane herpandrecht. Aangezien de bevoegdheid tot herverpanding wordt uitgeoefend nadat een tweede pandrecht tot stand is gekomen, hoeft de tweede pandnemer het nieuw ontstane recht van de herpandnemer niet tegen zich te laten gelden.¹⁷⁹ Er is geen grond om ten aanzien van de positie van de tweede pandnemer van de prioriteitsregel af te wijken. Het gevolg is dat de rangwisseling slechts relatief werkt. Evenals in het hierboven beschreven geval waarin een tussenliggende hypotheekhouder zijn toestemming niet heeft verleend ter zake van een rangwisseling tussen de eerste en derde hypotheekhouder, ontstaat een situatie waarin twee rangordes naast elkaar bestaan.¹⁸⁰ De van rang gewisselde pandnemers nemen namelijk onderling een andere rang in dan de rang die zij ieder afzonderlijk ten opzichte van de tweede pandnemer hebben. Hoewel deze onoverzichtelijke situatie zich moeilijk laat verenigen met het absolute karakter van een met goederenrechtelijk effect gewijzigde rangorde,¹⁸¹ doet deze opvatting recht aan de belangen van zowel de herpandnemer als de andere pandnemers. De herpandnemer zal derhalve de plaats van de herpandgever innemen, maar zijn verhaalspositie bij een eventuele executie is beperkt tot de hoogte van de vordering van het oorspronkelijk eerste pandrecht.¹⁸² Het zou dogmatisch zuiverder zijn om de herverpanding – die vanwege de hieraan verbonden rechtsgevolgen als middel voor de effectivering van een rangwisseling wordt aangewend – slechts in de interne verhouding te laten doorwerken. Reeds de rechtsverhouding tussen de herpandgever en de herpandnemer brengt mee dat de herpandgever zich dient te onthouden van de uitoefening van zijn bevoegdheden, onder meer om tot executie over te gaan.¹⁸³ De rang-

178 Anders Van Hees 2001, p. 230 die de bevoegdheid tot herverpanding beschouwt als een onderdeel van het complex van rechten en verplichtingen dat de inhoud van het pandrecht bepaalt en niet als een zelfstandig toe te kennen bevoegdheid. Vanuit die gedachte acht hij het verklaarbaar dat bijvoorbeeld een tweede pandhouder het herpandrecht evenzeer tegen zich heeft te laten gelden.

179 Zie Faber & Vermunt 2010, p. 178 die naar mijn mening terecht onderscheid maken tussen het *verkrijgen* en het *uitoefenen* van de bevoegdheid tot herverpanding. Rechten van derden die zijn gevestigd na de verkrijging doch voor de uitoefening van de herverpandingsbevoegdheid, worden niet bij het herpandrecht achtergesteld. Zie in deze zin ook Krzeminski, diss. 2013, p. 150, Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/133 en Steneker 2012/14.

180 Zie hierboven par. 6.2.3.3.

181 Zie ook Krzeminski, diss. 2013, p. 145.

182 In gelijke zin Faber & Vermunt 2010, p. 178 en Krzeminski, diss. 2013, p. 153.

183 Het beoogde rechtsgevolg van deze rechtsverhouding is eveneens faillissementsbestendig omdat in een eventueel faillissement van de herpandgever de herpandnemer zich als separatist met voorrang op het herpandobject kan verhalen.

wisseling kan in deze optiek niet aan derden worden tegengeworpen.¹⁸⁴ Dit betreft evenwel meer fundamentele kritiek op de figuur van de herverpanding als zodanig en gaat dan ook het bestek van dit onderzoek te buiten.¹⁸⁵

Naast herverpanding zijn ook de rangverlaging zoals bedoeld in art. 3:277 lid 2 BW en de kruislingse cessie van de verzekerde vorderingen in de literatuur aangedragen om een rangwisseling te realiseren.¹⁸⁶ De achterstelling van de door een pandrecht verzekerde vordering heeft echter geen gevolgen voor de rangorde van de pandrechten.¹⁸⁷ De pandhouder met het eerst gevestigde recht blijft de hoogst gerangschikte pandhouder met als gevolg dat alleen de door hem ingezette executie volledig zuiverende werking heeft. Ook de weg van de kruislingse cessie van de verzekerde vorderingen zal zelden uitkomst bieden. Hoewel bij een dergelijke cessie de pandrechten vanwege hun accessoire karakter eveneens wisselen van schuldeiser, is deze wijze van rangwisseling slechts mogelijk indien de gecedeerde vorderingen gelijk zijn. Een dergelijke goederenrechtelijke rangwisseling kan immers alleen zonder bezwaren worden aangenomen indien de positie van derden niet wordt aangetast.

Het verdient gelet op de wens van de praktijk aanbeveling dat de wetgever voorziet in een wettelijke mogelijkheid voor de rangwisseling bij pandrechten. De motivering van de wetgever met betrekking tot art. 3:262 BW is immers ook van toepassing op pandrechten. Indien pandhouders een rangwisseling kunnen realiseren op een met art. 3:262 BW overeenkomstige wijze wordt bovendien voorkomen dat zij hun toevlucht nemen tot gekunstelde constructies. Om het goederenrechtelijke effect van een rangwisseling te kunnen rechtvaardigen alsmede om de praktische uitvoerbaarheid ervan te effectueren, is echter wel vereist dat een openbaar register voor pandrechten wordt geïntroduceerd. Alleen indien de rangwisseling kenbaar is – en andere betrokkenen er zo nodig mee hebben ingestemd – kan de afwijking op de prioriteitsregel aan derden worden tegengeworpen. Evenals in het kader van art. 3:262 BW is betoogd,¹⁸⁸ zal dan ook een tussenliggende pand-

184 Gaat een pandhouder met een eerder dan de herpandhouder gevestigd pandrecht tot executie over, dan ondervindt de herpandhouder daarvan geen hinder omdat het hoger gerangschikte pandrecht van de herpandgever – bij wie de herpandhouder voorgeat – op het goed blijft rusten. Indien de herpandgever de executie overneemt, is hij gehouden zijn deel van de executieopbrengst voor zover nodig voor de voldoening van de vordering van de herpandnemer aan hem af te staan.

185 Ik stel vast dat de mogelijkheid om aan een derde (pandnemer/herpandgever) de bevoegdheid te verlenen om in eigen naam een beschikkingshandeling (vestigen herpandrecht) te verrichten op een uitdrukkelijke keuze van de wetgever berust. Zie evenwel de goederenrechtelijke bezwaren die aan de figuur van herverpanding kleven Krzemiński, diss. 2013, p. 289 e.v. Zie ook de kritiek vanuit rechtshistorisch en vergelijkend perspectief van Zwalve 1994, p. 450.

186 Zie respectievelijk Abendroth, *WPNR* 2014/7029 en Krzemiński, *WPNR* 2016/7092.

187 Zie Beekhoven van den Boezem, *WPNR* 2015/7072 die in zijn reactie op de opvatting van Abendroth terecht wijst op het onderscheid tussen de rangwisseling van het pandrecht en de rangverlaging van de vordering. Zie ook Krzemiński, *WPNR* 2016/7092.

188 Zie par. 8.2.3.3.

houder met de rangwisseling moeten instemmen alvorens goederenrechtelijk effect wordt gesorteerd. Op die manier worden relatief werkende rangwisselingen voorkomen en wordt de grens tussen het verbintenisrecht en het goederenrecht niet onnodig vertroebeld. De invoering van een stelsel van registratie en publicatie draagt daarnaast bij aan de praktische uitvoerbaarheid omdat een dergelijk stelsel dienstig is voor de identificatie van de gerechtigden wiens toestemming voor de rangwisseling is vereist.

8.4 PRIORITEIT BIJ EEN COLLIDEREND VRUCHTGEBRUIK

Na de behandeling van de beperkte rechten in het kader van colliderende registergoederen verdient het recht van vruchtgebruik nog een afzonderlijke behandeling. Dit beperkte genotsrecht kan immers gelet op zijn plaatsing in Boek 3 BW op zowel zaken als rechten worden gevestigd. Aangezien voor de vestiging van een vruchtgebruik ingevolge art. 3:98 BW de regels moeten worden gevolgd die gelden voor overdracht, kan voor een bespreking van vruchtgebruik op onroerende zaken vanwege de voor de vestiging vereiste notariële akte en registratie worden verwezen naar par. 8.2.¹⁸⁹ Op deze plaats wordt aandacht besteed aan situaties waarin een vruchtgebruik op roerende zaken en vorderingsrechten in een prioriteitsconflict is betrokken.¹⁹⁰

Het vruchtgebruik geeft het recht om andermans goed te gebruiken en daarvan de vruchten te genieten.¹⁹¹ Op grond van art. 3:202 BW komt een vruchtgebruik tot stand door vestiging of door verjaring.¹⁹² Anders dan voor het pandrecht, voorziet de wet voor het vruchtgebruik niet in een speciale bepaling voor de vestigingshandeling. De vestiging van een vruchtgebruik op een roerende zaak vindt ingevolge art. 3:98 jo. 3:90 lid 1 BW plaats door aan de vruchtgebruiker het bezit van het vruchtgebruik te verschaffen.¹⁹³ De mogelijkheid om een vruchtgebruik te vestigen op een wijze zoals is bedoeld in art. 3:115 BW – te weten door een tweezijdige verklaring – maakt

189 Zie over de vestiging van een vruchtgebruik Asser/Bartels & Van Velten 5 2016/265, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/684 en Snijders & Rank-Berenschot 2017/621.

190 Als object van het vruchtgebruik kunnen alle overdraagbare goederen dienen. Andere goederen dan roerende zaken en vorderingsrechten – men denke aan aandelen, effecten, auteursrechten en octrooirechten – blijven buiten beschouwing.

191 Dit betreft de definitie volgens art. 3:201 BW. De bevoegdheden van de vruchtgebruiker strekken zich tevens uit over het verbruik van verbruikbare zaken overeenkomstig art. 3:207 lid 1 BW alsmede het in overeenstemming met art. 3:212 BW vervreemden en bezwaren van de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen.

192 Van het ontstaan van vruchtgebruik door verjaring zal slechts bij hoge uitzondering sprake zijn. Men denke met name aan het geval waarin een gebrek aan de vestiging kleeft. Zie Mellema-Kranenburg 1999, p. 18, Van Gaalen, diss. 2001/200 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/683.

193 Van bezitsverschaffing van de zaak is geen sprake omdat de vruchtgebruiker slechts houder van de zaak wordt. Zie Berenschot, *WPNR* 1985/5730. Door Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/684 wordt opgemerkt dat de 'bezitsverschaffing' van het vruchtgebruik plaatsvindt zoals het bezit van de zaak zou worden verschaft.

het mogelijk dat er meerdere rechten van vruchtgebruik op dezelfde roerende zaak worden gevestigd. Overigens is het geval van meervoudige vestiging in overwegende mate van theoretisch belang omdat de meeste vruchtgebruiken hun grondslag vinden in een uiterste wilsbeschikking.¹⁹⁴ Ook ten aanzien van vruchtgebruiken op een vorderingsrecht staat de wijze van vestiging overeenkomstig art. 3:94 BW niet in de weg aan het ontstaan van prioriteitsconflicten. Aangezien het vruchtgebruik een recht met een absoluut karakter is, wordt een conflict met andere goederenrechtelijk rechten in beginsel beheerst door de prioriteitsregel.¹⁹⁵ In een dergelijke situatie zal de volgorde van de tijdstippen waarop de rechten tot stand zijn gekomen beslissend zijn voor de wijze waarop zij zich tot elkaar verhouden. Een vergelijking met het pandrecht dringt zich op. Ook bij het vruchtgebruik zal een eventuele rangorde niet gemakkelijk kunnen worden vastgesteld vanwege mogelijke onduidelijkheid over het totstandkomingsmoment. Tevens maakt de gebrekkige kenbaarheid van het bestaan van oudere rechten een derdenbeschermingsregeling noodzakelijk. Een vruchtgebruiker te goeder trouw zal een ouder vruchtgebruik niet tegen zich hoeven te laten gelden. Strikte wetstoepassing brengt mee dat het oudere vruchtgebruik vervalt op grond van art. 3:98 jo. 3:86 lid 2 BW. Een bepaling zoals die van art. 3:238 lid 2 BW speelt alleen bij de vestiging van een pandrecht op een roerende zaak. Een ouder beperkt gerechtigde – die dus ook een vruchtgebruiker kan zijn – zal het pandrecht in rang boven zich moeten laten gelden. Op deze wijze wordt immers adequate bescherming geboden aan de pandnemer die het oudere recht kende noch behoorde te kennen. Eenzelfde bescherming zou ook afdoende zijn bij de vestiging een vruchtgebruik op een roerende zaak. Het oudere vruchtgebruik hoeft niet definitief te vervallen om het te goeder trouw verkregen recht te beschermen. Indien immers het te goeder trouw verkregen recht teniet gaat – bijvoorbeeld doordat de duur van het vruchtgebruik is verstreken – behoeft diens bescherming niet ten detrimente van de ouder gerechtigde voort te duren. Ik stel daarom voor art. 3:238 lid 2 BW analoog toe te passen bij de vestiging van een vruchtgebruik op een roerende zaak.

Gelet op het motief dat doorgaans aan het vestigen van een vruchtgebruik ten grondslag ligt – te weten het bevoordelen van iemand zonder hem het kapitaal over te dragen – zal het in de praktijk niet snel tot conflicterende rechten leiden.¹⁹⁶ Dat ligt bij pandrechten anders, waar een samenloop – al dan niet met een recht van vruchtgebruik – van verscheidene zekerheidsstellingen meer voor de hand ligt. Daar komt bij dat een samenloop bij pandrechten anders dan bij rechten van vruchtgebruik pas in het geval van executie tot conflicten leidt. Een samenloop van rechten van vruchtgebruik

194 Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/681.

195 Zie over de collisie van een vruchtgebruik met een pandrecht Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/238.

196 Zie hetgeen wordt opgemerkt over de maatschappelijke betekenis van het vruchtgebruik bij Snijders & Rank-Berenschot 2017/597 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/680.

leidt per definitie tot colliderende rechten omdat vruchtgebruik de volledige heerschappij van het goed omvat.

Een situatie van colliderende rechten moet worden onderscheiden van het geval waarin meerdere gerechtigden bestaan als gevolg van een vestiging ten behoeve van meerdere personen. Indien het vruchtgebruik aan twee of meer personen gezamenlijk toekomt, is sprake van een gemeenschap.¹⁹⁷ Gedacht kan worden aan het vruchtgebruik dat door ouders wordt voorbehouden bij de overdracht van een goed aan hun kinderen. De ouders zijn in dat geval gezamenlijke vruchtgebruikers. Ter zake van conflicten over de uitoefening van het gemeenschappelijke recht tussen de deelgenoten kan – zo nodig door de kantonrechter – een regeling worden getroffen ten aanzien van de bevoegdheden, rechten en plichten inzake het genot, gebruik en beheer van het vruchtgebruik.¹⁹⁸ Van een prioriteitsconflict tussen verschillende absolute rechten is derhalve geen sprake. Dat is evenmin het geval bij de vestiging van een opvolgend vruchtgebruik. Hoewel het vruchtgebruik ingevolge art. 3:203 lid 2 BW is gekoppeld aan het leven van de vruchtgebruiker en derhalve in beginsel eindigt bij zijn overlijden, kan met de vestiging van een opvolgend vruchtgebruik worden bewerkstelligd dat het recht na overlijden wordt voortgezet.¹⁹⁹ Aangezien het recht van de opvolgende vruchtgebruiker is gevestigd onder de opschortende voorwaarde dat hij de eerder aangewezen vruchtgebruiker overleeft, komt het recht van beide vruchtgebruikers nimmer met elkaar in conflict.²⁰⁰ Het recht van de opvolgende vruchtgebruiker ontstaat immers pas op het moment waarop het recht van zijn voorganger eindigt.

8.5 PRIORITEIT BIJ MEERVOUDIGE LEVERING VAN TOEKOMSTIGE GOEDEREN

Aangezien het BW van 1838 ten aanzien van de verpanding van roerende zaken alleen het recht van vuistpand toestond, heeft de handelspraktijk in de twintigste eeuw zijn toevlucht genomen tot alternatieve constructies om zekerheid op roerende zaken te verkrijgen. Met het Bierbrouwerij-arrest heeft de Hoge Raad in 1929 voorzien in een eerste tegemoetkoming hieraan

197 Een gemeenschap is ingevolge art. 3:166 lid 1 BW immers aanwezig indien een *goed* toebehoort aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk. De gemeenschap kan derhalve ook beperkte rechten betreffen.

198 Zie art. 3:168 lid 2 BW. De regeling kan voorzien in ruimere bevoegdhedenregulering dan het in de wet opgenomen gebruik en beheer. Zie Snijders & Rank-Berenschot 2017/218. Vgl. hierboven par. 2.3.2. over de delingsactie die onder het Romeinse recht in een conflict tussen vruchtgebruikers kon worden ingesteld.

199 Een langere termijn dan de duur van het leven van de vruchtgebruiker is niet mogelijk, een kortere uiteraard wel. Voor rechtspersonen geldt een maximumduur van dertig jaar op grond van art. 3:203 lid 3 BW.

200 Zie over de constructie van de opschortende voorwaarde Kleijn 1990/2, Mellema-Kranenburg 1999, p. 21, Van Gaalen, diss. 2001/216, Snijders & Rank-Berenschot 2017/598 en in vergelijkbare zin Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/685.

door de eigendomsoverdracht tot zekerheid door middel van een levering *constituto possessorio* toe te staan.²⁰¹ Het feit dat voor de zekerheidsverlening de zaken – zoals in het geval van het Bierbrouwerij-arrest de inventaris – niet uit de macht van de zekerheidsgever hoefden te worden gebracht, deed de vraag rijzen of ook de in de toekomst te verkrijgen zaken, zoals die ter aanvulling op of vervanging van de inventaris onder dit zekerheidsrecht konden worden geschaard. Zou een dergelijke overdracht van toekomstige goederen partijen goederenrechtelijk binden, dan was geen nieuwe handeling meer nodig nadat de zaken door de zekerheidsgever werden verkregen.²⁰² De aanvankelijk principieel afwijzende houding van de Hoge Raad ten opzichte van de mogelijkheid tot overdracht van toekomstige goederen kreeg een ommekeer met het Sio-arrest in 1953.²⁰³ De Hoge Raad wees voorzichtig in de richting waarin het Duitse recht zich sinds de invoering van het BGB had ontwikkeld door te overwegen dat de levering bij voorbaat van ‘machines welke nog in bedrijf zullen komen’ geoorloofd was.²⁰⁴ Toen in 1954 het Ontwerp Meijers verscheen waarin de theoretische en praktische bezwaren tegen de erkenning van de levering bij voorbaat terzijde werden geschoven, werd de figuur definitief in de literatuur erkend.²⁰⁵ Hoewel de levering van toekomstige goederen is geworteld in de zekerheidsoverdracht, een figuur die Meijers heeft vervangen voor het stil pandrecht, nam het Ontwerp tot uitgangspunt dat toekomstige goederen, uitgezonderd registergoederen,²⁰⁶ bij voorbaat kunnen worden geleverd.²⁰⁷ Via de schakelbepaling van art. 3:98 BW geldt hetzelfde voor de verpanding bij voorbaat van toekomstige goederen.

201 Zie HR 25 januari 1929, *NJ* 1929, 616, m.nt. P. Scholten, dat doorgaans in een adem wordt genoemd met het arrest van 21 juni 1929, *NJ* 1929, 1096 (*Hakkers/Van Tilburg*). Het moge duidelijk zijn dat hiermee het door de wetgever van 1838 benadrukte beginsel van publiciteit ten aanzien van zekerheidsrechten volledig werd uitgehold.

202 In het door de Broederschap van Candidaat-Notarissen uitgegeven preadvies in 1940 beantwoorden Houwing 1940, p. 51 en Wiarda 1940, p. 58 deze vraag ten aanzien van toekomstige vorderingsrechten ontkennend respectievelijk bevestigend. In 1933 had de Hoge Raad geoordeeld dat toekomstige vorderingen niet konden worden overgedragen. Zie HR 29 december 1933, *NJ* 1934, 343, m.nt. P. Scholten (*Fijn van Draat*).

203 Zie HR 22 mei 1953, *NJ* 1954/189, m.nt. J. Drion (*Sio*). Overigens verdient dit arrest tevens bijzondere aandacht in het kader van wat nu wordt genoemd het leerstuk van de relativering van de levering c.p. De Hoge Raad overwoog dat een dergelijke levering bij wijze van uitzondering geoorloofd is, mits de belangen van derden daarbij niet rechtstreeks betrokken zijn.

204 De enige beperking die de Hoge Raad aanbracht was dat de goederen met voldoende bepaaldheid moeten zijn omschreven. Vgl. art. 3:84 lid 2 BW. Zie over de vergelijking met de Duitse rechtspraak de noot van Drion onder het arrest.

205 Zie Asser/Beekhuis 1975, p. 175-180.

206 Het doel van deze uitsluiting is het voorkomen dat de registers worden bezwaard met allerlei inschrijvingen die alleen maar zijn verricht in de hoop dat een willekeurige derde ooit rechthebbende zal worden. Zie PG Boek 3 BW, TM, p. 402.

207 Zie art. 3.4.2.10, PG Boek 3 BW, p. 401.

Door bij voorbaat de leveringsformaliteit te verrichten ten aanzien van goederen die nog niet tot het vermogen van de vervreemder behoren – ofwel doordat ze een ander toebehoren (relatief toekomstig) dan wel doordat ze nog niet bestaan (absoluut toekomstig) – wordt bereikt dat de eigendom automatisch op de verkrijger overgaat op het ogenblik waarop de vervreemder deze verkrijgt. De toelichting Meijers bevestigde:

‘[Men] kan [...] een afspraak maken, volgens welke een goed, dat de ene partij verkrijgt, automatisch in het bezit en de eigendom van de andere partij treedt.’²⁰⁸

Op het moment waarop de vervreemder beschikkingsbevoegd wordt, vindt overdracht plaats zonder dat er nog een leveringshandeling nodig is. De levering is immers al (bij voorbaat) voltooid. De vervreemder kan de effectuering van de eigendomsoverdracht niet meer beletten, hetgeen onder oud recht lange tijd onderwerp van discussie is geweest.²⁰⁹ Uit het tweede lid van het uiteindelijke art. 3:97 BW kan worden afgeleid dat de vervreemder niet op een levering bij voorbaat kan terugkomen door het goed nogmaals, maar dan aan een ander te leveren:

‘Een levering bij voorbaat van een toekomstig goed werkt niet tegen iemand die het goed ingevolge een eerdere levering bij voorbaat heeft verkregen’²¹⁰

Over de wijze waarop de levering bij voorbaat moet worden geconstrueerd worden in de literatuur verschillende visies verdedigd.²¹¹ De heersende opvatting lijkt te zijn dat een dergelijke levering plaatsvindt onder de opschortende voorwaarde van beschikkingsbevoegdheid.²¹² Deze opschortende voorwaarde verbindt men in deze opvatting aan de wilsovereenstemming tussen partijen – de zogenoemde goederenrechtelijke overeenkomst – die naast de leveringsformaliteiten als een vereiste voor de levering wordt gesteld.²¹³ Ik meen echter dat deze constructie moet worden verworpen. Ik kies voor de opvatting dat de levering niet moet worden beschouwd als een meerzijdige goederenrechtelijke rechtshandeling, maar als een feitelijke handeling en dat de goederenrechtelijke overeenkomst in een causaal stelsel

208 PG Boek 3 BW, TM, p. 401.

209 Zie de analyse en verwijzingen bij Peter, diss. 2007, p. 73.

210 Overigens is van een ‘verkrijging’ nog geen sprake. Gelezen moet worden ‘iemand aan wie het goed ingevolge een eerdere levering bij voorbaat is geleverd’.

211 Zie voor een bespreking van drie visies Peter, diss. 2007, p. 66-70.

212 Zie Schuijling, diss. 2016, p. 225, Peter, diss. 2007, p. 70, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/249, Faber 1997, p. 187 en Snijders & Rank-Berenschot 2017/420. Een afwijkend standpunt wordt ingenomen door Van Swaaij, diss. 2000, p. 146. Hij gaat ervan uit dat een temporele scheiding mogelijk is tussen de beschikking en de rechtsovergang, in die zin dat men reeds een rechtsovergang kan bewerkstelligen ten aanzien van goederen die men in de toekomst hoopt te verkrijgen.

213 Zie Schuijling, diss. 2016, p. 228, Peter, diss. 2007, p. 77 en Faber 1997, p. 188.

geen functie vervult.²¹⁴ Dat is bij de levering bij voorbaat niet anders. Hoewel art. 3:84 BW voor de eigendomsoverdracht vereist dat de vervreemder beschikkingsbevoegd dient te zijn ten tijde van de levering krachtens een geldige titel, laat art. 3:97 BW uitdrukkelijk toe dat de in dit artikel bedoelde levering reeds in afwachting van de beschikkingsbevoegdheid kan worden verricht. Met art. 3:97 BW staat immers zonder meer vast dat toekomstige goederen bij voorbaat kunnen worden geleverd.²¹⁵ De leveringshandelingen – waarvoor de vormvoorschriften met betrekking tot de betreffende categorie goederen in acht moeten worden genomen – kunnen vooruitlopend op de situatie waarin het goed tot het vermogen van de vervreemder behoort reeds plaatshebben.²¹⁶ Zodra aan het laatste vereiste van de overdracht wordt voldaan – te weten het intreden van de beschikkingsbevoegdheid – komt de overdracht tot stand. Het beschouwen van het intreden van de beschikkingsbevoegdheid als een voorwaarde is niet alleen onnodig gecompliceerd, maar ook dogmatisch onjuist. Het betreft noch een voorwaarde die is gekoppeld aan de levering – dat is immers een feitelijke handeling – noch een aan de overdracht gekoppelde voorwaarde omdat het rechtsgevolg ook niet voorwaardelijk intreedt.²¹⁷ De beschikkingsbevoegdheid is eenvoudigweg een vereiste voor de totstandkoming van de overdracht, zodat – gelet op de mogelijkheid die art. 3:97 BW biedt om de leveringsformaliteiten bij voorbaat te verrichten²¹⁸ – het rechtsgevolg intreedt zodra ook aan dit vereiste is voldaan.

Welke opvatting men ook aanhangt, duidelijk is in ieder geval dat de levering bij voorbaat geen overdracht tot gevolg heeft zolang de vervreemder beschikkingsonbevoegd is. Het feit dat in de door de wetgever toegelaten constructie de beschikkingsonbevoegdheid er niet aan in de weg staat dat goederen bij voorbaat worden geleverd, maakt dat er goederenrechtelijk evenmin een beletsel is om het betreffende goed meerdere malen bij voorbaat te leveren. De vervreemder is immers beschikkingsonbevoegd ten tijde van de eerste levering bij voorbaat en deze levering brengt daarin geen

214 In deze zin onder meer Den Dulk, diss. 1979, p. 9-25, Zwolve, *WPNR* 1982/5617, p. 471, Huijgen 1997, p. 6-12 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/131-134.

215 Naast de beperkingen die de wet in art. 3:97 BW aanduidt – registergoederen en goederen waarvan het verboden is deze tot onderwerp van een overeenkomst te maken zijn uitgezonderd – kan de voorgeschreven leveringswijze voor de betreffende categorie goederen de uitvoering bij voorbaat begrenzen. Zo zal ten aanzien van toekomstige vorderingen openbare cessie bij voorbaat alleen mogelijk zijn als de *debitor cessus* bekend is omdat aan hem mededeling moet worden gedaan.

216 Voor een bespreking van de specifieke wijze van levering per categorie goederen verwijs ik naar Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/313-324.

217 Zie in deze zin ten aanzien van de aan de overdracht gekoppelde voorwaarde Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/308 waar Reehuis de constructie van een overdracht onder voorwaarde van beschikkingsbevoegdheid bestempelt als een *contradictio in terminis*.

218 Hartkamp merkt terecht op dat sinds de invoering van art. 3:97 BW de constructie met een voorwaardelijke levering niet meer behoeft te worden gevolgd. Zie Asser/Hartkamp 4-II* 1985/277.

verandering. De als gevolg van een meervoudige levering bij voorbaat ontstane botsing van rechten kan dan ook niet eenvoudig aan de hand van het leerstuk van beschikkingsonbevoegde verkrijgingen worden opgelost. Geen van de leveringen bij voorbaat heeft een overdracht tot stand gebracht. Degenen aan wie bij voorbaat is geleverd hebben in beginsel een gelijk recht, doch slechts één levering kan tot eigendomsoverdracht leiden.

De wetgever heeft ervoor gekozen de oplossing voor deze kwestie in de wet op te nemen.²¹⁹ Het tweede lid van art. 3:97 BW kent voorrang toe aan de oudste levering bij voorbaat. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever de oplossing in verband brengt met de nemo-plusregel:

[Het] zou [...] niet een onredelijke interpretatie geacht kunnen worden *zulk een onbevoegdheid* om nogmaals over hetzelfde toekomstige goed bij voorbaat te beschikken uit het stelsel van de ontwerp af te leiden, [...]’²²⁰ (cursivering van mij)

Dat de wetgever hierbij analoge toepassing van de nemo-plusregel voor ogen staat, blijkt uit hetgeen in de passage daarvoor wordt opgemerkt:

‘Uit het voormelde karakter van de levering bij voorbaat volgt immers tevens dat de beschikking bij voorbaat over een toekomstig goed op zichzelf de vervreemder nog *niet onbevoegd maakt* nogmaals bij voorbaat over dat goed te beschikken, daar de rechtsovergang tengevolge van de eerste levering bij voorbaat dan nog niet tot stand gekomen is.’²²¹ (cursivering van mij)

Aangezien de vervreemder bij iedere levering bij voorbaat beschikkingsonbevoegd was, is de motivering aan de hand de nemo-plusregel een ongelukkige.²²² Het leerstuk van de beschikkingsbevoegdheid biedt geen aanknopingspunten om de rangorde tussen de leveringen bij voorbaat vast te stellen. Voor het verrichten van de levering is immers beschikkingsbevoegdheid niet vereist. Iedere levering bij voorbaat is dan ook geldig tot stand gebracht. Van deze laatste vaststelling lijkt de wetgever zich bij de vormgeving van de wettekst ook bewust te zijn geweest, maar de uiteindelijke keuze wekt bevreemding. Zoals uit het hierboven geciteerde tweede lid van art. 3:97 BW blijkt, wordt de tweede levering ten opzichte van de eerste levering gerelativeerd. Hiermee heeft de wetgever bewust aansluiting gezocht bij art. 3:90 lid 2 BW, waarin aan de levering *constituto possessorio* van roeren-

219 Zie PG Boek 3 BW, MvA II, p. 403. In het Ontwerp Meijers ontbrak een dergelijke regel, zie PG Boek 3 BW, p. 401.

220 PG Boek 3 BW, MvA II, p. 403.

221 PG Boek 3 BW, MvA II, p. 403. Waar de wetgever in dit citaat spreekt van ‘bij voorbaat over dat goed te beschikken’, moet worden gelezen ‘dat goed bij voorbaat te leveren of te verpanden’. Het betreft immers een *levering* bij voorbaat en geen *beschikking* bij voorbaat.

222 Zie ook Janssen, WPNR 2006/6685, wiens kritiek zich slechts lijkt te richten op het feit dat de wetgever soms het onderscheid tussen ‘leveren’ en ‘beschikken’ uit het oog verliest.

de zaken beperkte werking wordt toegekend. De wetsgeschiedenis maakt duidelijk dat met de keuze voor deze redactie is beoogd derdenbescherming te verijdelen:

‘Doordat dit lid, waarvan de regeling aansluit bij die van artikel [3:90 lid 2], aan een levering bij voorbaat beperkte werking toekent, ontnemt het aan degene aan wie later bij voorbaat is geleverd, beroep op goede trouw in het kader van een artikel als artikel [3:86], dat immers alleen beschikkingsonbevoegdheid heelt.’²²³

Los van de vraag of de materie van art. 3:90 lid 2 BW zich ervoor leent om overeenkomstige toepassing te krijgen in het conflict tussen meerdere leveringen bij voorbaat – daarover hieronder nader – moet worden opgemerkt dat als gevolg hiervan art. 3:97 lid 2 BW in het bijzonder op roerende zaken is toegeschreven. De gekozen redactie geeft geen oplossing voor het geval waarin een toekomstige vordering meermalig is gecedeerd. De tweede cessionaris zou zich naar de letter beschouwd niet tegen de eerste cessionaris op de levering kunnen beroepen, maar wel betaling van de *debitor cessus* kunnen eisen.²²⁴ Aangenomen moet echter worden dat uit art. 3:97 lid 2 BW volgt dat de eerste levering bij voorbaat overdracht tot gevolg heeft, waardoor de tweede cessionaris met lege handen staat.²²⁵ Datzelfde geldt indien een roerende zaak meermalig bij voorbaat is geleverd. In dat geval zal alleen de eerste levering tot eigendomsoverdracht leiden. Degene aan wie later bij voorbaat is geleverd kan als gevolg van de constructie van de gerelativeerde levering ook geen succesvol beroep doen op art. 3:86 BW omdat hij zich jegens degene aan wie eerder bij voorbaat is geleverd niet op een geldige levering kan beroepen. De laatste volzin van art. 3:97 lid 2 BW brengt hierop voor roerende zaken in die zin een nuancering aan dat degene aan wie later bij voorbaat is geleverd wél een beroep op art. 3:86 BW kan doen indien de zaak in zijn handen is gekomen.²²⁶ Indien sprake is van een meervoudige verpanding bij voorbaat brengt art. 3:97 lid 2 BW via de schakelbepaling van art. 3:98 BW mee dat het tijdstip van de vestigingshandeling bij voorbaat de rangorde tussen de pandrechten bepaalt.²²⁷ Ook voor de situatie waarin de verpanding en de levering bij voorbaat worden gecombineerd is het moment waarop de formaliteiten zijn verricht leidend voor de vaststelling van de rangorde. Indien de verpanding eerder bij voorbaat is geschied, zal het goed in bezwaarde toestand worden overgedragen. In het spiegelbeeldige geval gaat het goed in onbezwaarde toestand op de verkrijger over zodra de vervreemder beschikkingsbevoegd wordt.

²²³ PG Boek 3 BW, MvA II, p. 403.

²²⁴ Zie voor enkele voorbeelden van constructies Olthof 1988, p. 132. Dezelfde moeilijkheid doet zich voor in het kader van de verpanding.

²²⁵ Zie Schuijling, diss. 2016, p. 327, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/320 en Snijders & Rank-Berenschot 2017/432.

²²⁶ Zie PG Inv. Boek 3 BW, MvT Inv., p. 1244.

²²⁷ Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/254 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/782.

Het Duitse recht heeft als oplossing voor het conflict dat ontstaat als gevolg van meerdere voortijdige beschikkingen (*Vorausverfügungen*) over toekomstige rechten het prioriteitsprincipe omarmd.²²⁸ Voor deze problematiek is aansluiting gezocht bij de bepaling uit het algemene deel van het wetboek dat handelt over de beschikking door een beschikkingsonbevoegde. Met deze bepaling stond de wetgever oorspronkelijk alleen het geval voor ogen waarin iemand over een recht beschikte dat weliswaar bestond, maar nog niet aan hem toebehoorde.²²⁹ De tekst van de betreffende § 185 lid 2 BGB dekt echter evengoed de meer algemene situatie van '*mehrere einander widersprechende Verfügungen*' door een beschikkingsonbevoegde. Deze paragraaf bepaalt voor dat geval uitdrukkelijk dat alleen de vroegere beschikking geldig is. De rang van meerdere *Vorausverfügungen* – waaronder de voor de praktijk belangrijke cessies van toekomstige vorderingen²³⁰ – komt aldus aan de hand van de prioriteitsregel tot stand.

Welbeschouwd heeft ook de Nederlandse wetgever zich bij de keuze voor de oplossing voor het conflict tussen meerdere leveringen bij voorbaat door de prioriteitsgedachte laten leiden. Opgemerkt moet worden dat van rechtstreekse toepassing van de ongeschreven prioriteitsregel op deze plaats geen sprake is. De prioriteitsregel bepaalt bij een rangordeconflict de onderlinge verhouding tussen meerdere goederenrechtelijke rechten.²³¹ Degene aan wie bij voorbaat is geleverd heeft vanwege het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid bij de vervreemder, nog geen goederenrechtelijk recht op de zaak verkregen. De prioriteitstoepassing in het kader van art. 3:97 BW vloeit derhalve niet voort uit de karaktereigenschappen van goederenrechtelijke rechten, maar dient te worden teruggevoerd op een uitdrukkelijke keuze van de wetgever.

De bepaling waarin deze uitdrukkelijke keuze van de wetgever is verankerd, heeft een tweeledige strekking. In de eerste plaats is – gelet op de met art. 3:90 lid 2 BW overeenkomstige bewoordingen – beoogd derdenbescherming te verijdelen. Daarnaast moet in art. 3:97 lid 2 BW een uitdrukkelijke bevestiging worden gelezen van de toepasselijkheid van de prioriteitsregel.

228 Zie Staudinger/Gursky § 185, Rn 86-89 en Wilhelm 2016, p. 1108.

229 Zie Mugdan I, p. 761 en 762. Aangezien de wetgever de voortijdige beschikking over absoluut toekomstige rechten evenmin uitdrukkelijk heeft verboden, zag het *Reichsgericht* ruimte om de cessie van toekomstige vorderingen toe te staan. Zie ook Staudinger/Gursky § 185, Rn 71.

230 Zie hierboven par. 5.2.8 over het gebruik van vorderingsrechten in het Duitse zekerhedenverkeer.

231 Ten onrechte wordt in de literatuur wel opgemerkt dat de aan art. 3:97 lid 2 BW ten grondslag liggende gedachte in het verlengde van de nemo-plusregel ligt. Zie Peter, diss. 2007, p. 84, Olthof 1988, p. 132 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/315. Wel moet worden opgemerkt dat de wetgever de gedachte voor deze grondslag heeft gevoed. Zie PG Boek 3 BW, p. 403. Op de nemo-plusregel kan evenwel geen rangorderegeling worden gebaseerd. Zie hierover par. 7.2.5.

De wetgever heeft met het bepaalde in lid 2 willen voorzien in een oplossing voor eventuele rangordeconflicten.²³² Het ware overzichtelijker geweest als de regel van art. 3:97 lid 2 BW ter zake van de relativerende werking was voorafgegaan door een volzin waarin was opgenomen dat de rangorde van meerdere leveringen bij voorbaat wordt bepaald door de volgorde van de tijdstippen waarop de formaliteiten bij voorbaat zijn verricht. Daarmee wordt duidelijk dat de prioriteitsregel in dit geval toepassing heeft en wordt tevens duidelijk bij welke tijdstippen voor de toepassing moet worden aangesloten. De regeling van art. 3:90 lid 2 BW biedt hiervoor niet voldoende grondslag.

De regeling van de relativering van de levering *constituto possessorio* is per 1992 in de wet opgenomen.²³³ De gedachte die de wetgever aan deze relativering ten grondslag legt, is dat iemand die een recht heeft op een zaak die zich onder een ander bevindt, dit recht niet te gemakkelijk en op een voor hem niet waarneembare wijze aan een derde dient te kunnen verliezen.²³⁴ Zolang een derde de zaak immers niet in zijn handen heeft, kan hij geen bescherming aan art. 3:86 BW ontnemen omdat dit artikel alleen de beschikkingsonbevoegdheid heelt en niet beschermt tegen een leveringsgebrek. De regeling van art. 3:90 lid 2 BW betreft het resultaat van een afweging tussen het belang van de oorspronkelijk gerechtigde enerzijds en het belang van derdeverkrijgers te goeder trouw om deugdelijke bescherming te krijgen anderzijds.²³⁵ De relativering van de levering c.p. kan worden beschouwd als een beschermingsmaatregel ten behoeve van de oorspronkelijk gerechtigde.²³⁶ Daarmee is in ieder geval duidelijk dat art. 3:90 lid 2 BW niets met de prioriteitsgedachte van doen heeft. De loutere koppeling met art. 3:90 lid 2 BW is derhalve niet voldoende om in art. 3:97 lid 2 BW een prioriteitstoepassing te lezen.

232 Zie PG Boek 3 BW, p. 403.

233 Haar wortels liggen evenwel in de zekerheidsoverdracht onder het OBW. Voor 1992 bediende de praktijk zich bij gebreke van de mogelijkheid om stille pandrechten te vestigen van de eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid. Door de levering door middel van *constitutum possessorium* te laten geschieden kon de zekerheidsgever de feitelijke macht over de zaken behouden. Uit rechtspraak van de Hoge Raad volgt echter dat aan een dergelijke levering – het betreft dus de combinatie van de titel die strekt tot zekerheid en de levering zonder feitelijke overgave – niet dezelfde gevolgen worden verbonden als een gewone levering. Zie HR 7 maart 1975, NJ 1976/91 (*Van Gend & Loos*), HR 21 juni 1985, NJ 1986/306 (*LDM/Brock*) en HR 18 september 1987, NJ 1988/983 (*Berg/De Bary*).

234 Zie PG Boek 3 BW, MvA II, p. 384. Het leerstuk is hiermee losgekoppeld van de titel. Onder het OBW was van een beperkte werking van de levering c.p. alleen sprake bij een fiduciaire overdracht.

235 Zie PG Boek 3 BW, MvA II, p. 384.

236 Het feit dat de relativering van de levering c.p. in verband wordt gebracht met het publiciteitsbeginsel wordt in de literatuur bekritiseerd. Zo betoogt Damsteegt-Molier dat een beroep op het publiciteitsbeginsel alleen als argument kan dienen om de levering c.p. in het geheel niet te accepteren. Zij pleit ervoor om art. 3:90 lid 2 BW te schrappen. Zie Damsteegt-Molier, diss. 2009, p. 20 en 27. Hamwijk, WPNR 2011/6883 acht de ratio van de relativering van de levering c.p. gelegen in de bescherming van rechtszekerheid. Zie ook Peter, diss. 2007, p. 44-46.

8.6 RECHTSVORDERLIJKE ASPECTEN

8.6.1 De prioriteitsregel in concreto

De materieelrechtelijke vraag naar de vaststelling van de rangorde van goederenrechtelijke rechten – die wordt beantwoord aan de hand van de prioriteitsregel – moet worden onderscheiden van de vraag naar de wijze waarop de prioriteitsregel in concreto gestalte krijgt. Het feit dat een goederenrechtelijk gerechtigde een jonger recht niet tegen zich hoeft te laten gelden, kan verschillende uitwerkingen hebben. Vooropgesteld moet worden dat niet ieder geval van meervoudige bezwaring met beperkte rechten tot een conflict tussen deze rechten leidt. Zo zullen verschillende zekerheidsrechten voorafgaand aan een eventuele verhaalsuitoefening probleemloos naast elkaar kunnen bestaan. Ook ten aanzien van genotsrechten die niet gepaard gaan met de volledige heerschappij – bijvoorbeeld rechten van erfdienstbaarheid – zal het vaststellen van een rangorde niet steeds noodzakelijk zijn. Alleen als meerdere rechten niet volledig in concurrentie met elkaar kunnen worden uitgeoefend, wordt de vraag naar de verwezenlijking van de prioriteitsregel acuut.

In het hierboven besproken geval van een dubbele levering bij voorbaat is de wijze waarop de prioriteitsregel gestalte krijgt evident omdat alleen de oudste levering rechtsgevolg zal hebben. Ten aanzien van beperkte rechten moet onderscheid worden gemaakt naar de aard van het recht voor de wijze waarop het sterkste recht geldend wordt gemaakt tegenover jonger gerechtigden. Voor een beperkt *zekerheids*gerechtigde zal het geldend maken van zijn recht inhouden dat hij het goed vrij van jongere rechten executeert omdat de concurrentie met andere gerechtigden zich in beginsel pas openbaart indien hij gebruik maakt van zijn executiebevoegdheid. Een beperkt *genots*gerechtigde staat het instellen van een goederenrechtelijke rechtsvordering ten dienste om zijn recht jegens jonger gerechtigden te kunnen doen gelden. De aard van het oudste recht is tevens bepalend voor de gevolgen voor de jongere goederenrechtelijke rechten die bij het conflict zijn betrokken.

8.6.2 Een zekerheidsrecht als sterkste recht

De rechten van pand en hypotheek strekken ertoe zekerheid aan een schuldeiser te verschaffen. Indien de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor het zekerheidsrecht tot waarborg strekt, is de beperkt gerechtigde bevoegd tot parate executie. Zo lang de zekerheidsgerechtigde niet tot executie overgaat, kan een beperkt zekerheidsrecht probleemloos naast een ander beperkt recht bestaan.²³⁷ Eerst als het tot een executie komt,

²³⁷ Dat laat uiteraard onverlet dat de pandhouder wel een goederenrechtelijke rechtsvordering tot afgifte toekomt. Deze vordering ter bescherming van het verpande goed – te vergelijken met de *actio Serviana* – die is opgenomen in art. 3:245 BW zal in de regel evenwel niet worden ingesteld tegen andere beperkt gerechtigden, maar tegen een derde die de macht over het goed heeft verkregen.

moet worden vastgesteld of het goed vrij van beperkte rechten kan worden uitgewonnen. Het gevolg van een executie voor de op het goed rustende beperkte rechten maakt duidelijk hoe de prioriteitsregel gestalte krijgt indien een zekerheidsrecht de hoogste plaats in de rangorde inneemt.²³⁸

Voor hypotheek bepaalt art. 3:273 BW dat door executie – meer specifiek door levering aan de koper en voldoening van de koopprijs – het goed wordt gezuiverd van alle hypotheeken alsmede van de beperkte rechten die niet tegen de hypotheekhouder kunnen worden ingeroepen.²³⁹ Alle beperkte rechten gaan dus teniet door de uitoefening van het executierecht door de hypotheekhouder als oudst gerechtigde.²⁴⁰ Voor genotsrechten is hun plaats in de rangorde derhalve bepalend voor het antwoord op de vraag of zij de executie overleven. Hypotheeken gaan ongeacht hun plaats in de rangorde teniet, maar de prioriteitsregel bepaalt in beginsel de wijze waarop de executieopbrengst zal worden verdeeld. Iedere hypotheekhouder is bevoegd om van het recht van parate executie gebruik te maken.²⁴¹ Niettemin zal in de regel de hoogst gerangschikte hypotheekhouder de executie op grond van art. 544 lid 3 Rv van een lagere overnemen, omdat hij dan met toepassing van art. 3:270 lid 3 BW uitkering van de opbrengst kan krijgen zonder dat de totstandkoming van een rangregeling moet worden afgewacht.²⁴²

Ook ten aanzien van pandrechten geldt dat door executie door de hoogst gerangschikte pandhouder de lager gerangschikte rechten teniet gaan.²⁴³ Anders dan bij hypotheek heeft de executie evenwel geen zuiverende werking. Uit art. 3:248 lid 3 BW volgt immers dat een lager gerangschikte pandhouder de zaak slechts met handhaving van de hoger gerangschikte rechten kan verkopen. Het gevolg van deze regeling is dat *de facto* alleen de hoogst gerangschikte pandhouder tot executie zal overgaan omdat voor de koop van een goed dat met een pandrecht is bezwaard geen belangstelling zal bestaan.²⁴⁴ In dat geval gaan de pandrechten alsmede de jongere beperkte genotsrechten door de executie teniet. Indien het pandrechten op

238 Overigens komt aan iedere pand- en hypotheekhouder van rechtswege het recht van parate executie toe. Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/156 en 397 en Snijders & Rank-Berenschot 2017/541.

239 Zie PG Boek 3, p. 838 waarin de wetgever uitdrukkelijk een dubbele eis stelt voor de zuivering: levering én voldoening koopprijs. Zie voorts Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/424 en Huijgen 2016/28. Ten overvloede kan worden opgemerkt dat ook de ingeschreven beslagen vervallen.

240 Overigens kan de hypotheekhouder er niettemin voor kiezen om het goed bezwaard met beperkte rechten aan te bieden. Zie PG Boek 3 BW, p. 838.

241 Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/156 en Snijders & Rank-Berenschot 2017/541.

242 Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/887. Uiteraard is wel vereist dat ook de hoger gerangschikte hypotheekhouder een opeisbare hypothecaire vordering heeft. Zie over de toepassing van art. 3:270 lid 3 BW Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/901.

243 Een uitdrukkelijke wettelijke bepaling ontbreekt, maar dit rechtsgevolg kan worden afgeleid uit art. 3:253 lid 1 BW en art. 490b Rv. Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/158 en Steneker 2012/31.

244 Aldus Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/158.

een vordering betreft, vindt de uitwinning in de regel plaats doordat de pandhouder de vordering int, om zich vervolgens overeenkomstig zijn rang op het geïnde te verhalen.²⁴⁵ Volgens art. 3:246 lid 3 BW is alleen de hoogst gerangschikte pandhouder, mits hij van de verpanding mededeling heeft gedaan aan de schuldenaar van de verpande vordering, inningsbevoegd. De hoogst gerangschikte pandhouder die zich op het geïnde heeft verhaald dient het overschot aan de jongere pandhouder ter beschikking te stellen, wiens recht immers ingevolge art. 3:246 lid 5 BW op het geïnde komen te rusten.²⁴⁶ Een jonger recht van vruchtgebruik zal door de executie komen te vervallen.

Aan degene wiens genotsrecht niet tegen de zekerheidsnemer kon worden ingeroepen en als gevolg daarvan bij de executie is komen te vervallen, is door de wetgever met het bepaalde in art. 3:282 BW enigszins tegemoet gekomen.²⁴⁷ De gedupeerde beperkt gerechtigde komt ingevolge deze wetsbepaling namelijk een schadevergoedingsvordering toe die bij voorrang onmiddellijk na de hoger gerangschikte beperkte rechten uit de executieopbrengst wordt voldaan. Hoewel het recht in goederenrechtelijke zin vervalt, komt aan de gerechtigde nog wel de waarde toe die het vervallen recht had ten tijde van de executie.²⁴⁸ Voor de duidelijkheid moet worden opgemerkt dat de executieopbrengst wel toereikend moet zijn om daarop behalve de vordering van de hoogst gerangschikte zekerheidsnemer ook nog de schade ter zake van het vervallen beperkte recht te kunnen verhalen. Indien na verhaal door de zekerheidsnemer nog een deel van de executieopbrengst resteert, komt bij de verdeling van deze opbrengst aan de jongere vervallen beperkt gerechtigden van rechtswege – dat wil zeggen zonder dat daartoe beslag hoeft te worden gelegd – een vergoeding toe overeenkomstig hun rang.²⁴⁹ Het recht om onmiddellijk na de hoger gerangschikte rechten een vergoeding uit de netto-executieopbrengst te krijgen betreft een vorm

245 Executie kan eveneens plaatsvinden door openbare of onderhandse verkoop als bedoeld in art. 3:250 BW respectievelijk 3:251 BW. Aan deze wijze van executie wordt wel de voorkeur gegeven indien de verpande vordering nog niet opeisbaar is of indien het toekomstige periodieke vorderingen betreft die nog lange tijd zouden moeten worden geïnd. Zie Steneker 2012/56.

246 Dit is bij pandrecht op vorderingen niet anders dan bij pandrecht op roerende zaken. Verwezen kan worden naar art. 3:253 lid 1 BW jo. art. 490b Rv. De pandhouder die de vordering int, mag het geïnde niet als het zijne beschouwen vanwege het toe-eigeningsverbod van art. 3:235 BW. Daarom vindt zaaksvervanging plaats als bedoeld in art. 3:246 lid 5 BW. Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/829 en Zwolve 2014, p. 533.

247 Onder het oude recht ontbrak een dergelijke regeling. De wetgever van het huidige BW merkt op dat deze regeling is ingegeven door de billijkheid. Zie PG Boek 3 BW, p. 859. Door Meijers was deze regeling specifiek in het kader van registergoederen voorgesteld. Zie PG Boek 3 BW, p. 826. Deze regel is uiteindelijk vervat in een algemene regel van dezelfde strekking.

248 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1387.

249 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1387.

van ‘andere in de wet aangegeven gronden’ van voorrang zoals bedoeld in art. 3:278 lid 1 BW.²⁵⁰ Als gevolg van deze regeling vindt de prioriteitsregel niet alleen zijn weerslag in de rangorde voorafgaand aan een executie, maar tevens ter zake van de verdeling van de executieopbrengst. De verhaalsvoorrang ten behoeve van het beperkte genotsrecht is voor de verwezenlijking van de prioriteitsregel met name cruciaal in de situatie waarin een beperkt genotsrecht zich in rang tussen twee zekerheidsrechten bevindt. Dat laat zich naar het voorbeeld van de wetgever treffend illustreren vanuit de verhaalspositie van de tweede zekerheidsnemer.²⁵¹ Deze zekerheidsnemer kan op zijn beurt het bezwaarde goed slechts onder de last van het genotsrecht executeren. Bij de executie door de eerste zekerheidsnemer zal het genotsrecht daarentegen komen te vervallen, hetgeen resulteert in een hogere executieopbrengst. Indien de tweede zekerheidsnemer onmiddellijk na de eerste zekerheidsnemer verhaal zou kunnen nemen, profiteert hij ten nadele van de gerechtigde tot het vervallen genotsrecht van deze hoge executieopbrengst.²⁵² De wetgever neemt met deze voorrangregel terecht tot uitgangspunt dat de tweede zekerheidsnemer ook bij de verdeling van de executieopbrengst het genotsrecht heeft te respecteren.

8.6.3 Een genotsrecht als sterkste recht

Waar beperkte zekerheidsrechten naar hun aard slechts eenmaal worden uitgeoefend – namelijk indien tot uitwinning van het bezwaarde goed wordt overgegaan – geven beperkte genotsrechten bevoegdheden die in beginsel blijvend kunnen worden uitgeoefend.²⁵³ Mogelijke conflicten in de uitoefening van beperkte genotsrechten onderling kunnen zich derhalve ook buiten executiesituaties voordoen. Indien de gerechtigde tot het oudste genotsrecht in de uitoefening van zijn bevoegdheden wordt gestoord door een gerechtigde tot een later gevestigd recht, moet hij hiertegen kunnen ageren. Vanwege het absolute karakter van een goederenrechtelijk recht kan het beperkte recht worden gehandhaafd tegenover eenieder, waaronder ook gerechtigden tot later gevestigde genotsrechten. Overigens zal het antwoord op de vraag of de beperkt gerechtigde in de uitoefening van zijn recht wordt gestoord,

250 Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/741. Een hiermee vergelijkbare voorrang komt toe aan de huurder wiens recht door inroeping van het huurbeding door executie verloren gaat. Zie hierover hierna par. 9.3.1. Ook de huurkoper van een onroerende zaak geniet een vergelijkbare voorrang. Zie het per 1 januari 2017 (*Stb.* 2016, 360) ingevoerde tweede lid van art. 3:282 BW.

251 Zie PG Boek 3 BW, p. 859.

252 Zie ook Snijders & Rank-Berenschot 2017/710.

253 Opgemerkt moet worden dat de bevoegdheden niettemin kunnen worden ingesnoerd omdat de wettelijke bepalingen van de rechten van vruchtgebruik, erfpacht en opstal ten dele het karakter van aanvullend recht hebben. Zie bijvoorbeeld art. 3:210, 5:89 en 5:103 BW. Partijen hebben derhalve de nodige vrijheid om nadere regels overeen te komen over de uitoefening van deze beperkte rechten.

sterk afhangen van het type genotsrecht. Grofweg kunnen de genotsrechten worden onderscheiden in enerzijds rechten die een beperkte bevoegdheid geven – te weten erfdienstbaarheden – en anderzijds rechten die in beginsel een recht op het volledige genot van het goed verschaffen, te weten de rechten van erfpacht, vruchtgebruik en opstal.²⁵⁴ Een recht van erfdienstbaarheid zal minder snel tot de onverenigbare uitoefening van verscheidene rechten leiden dan rechten die gepaard gaan met de volledige heerschappij.²⁵⁵ Het zal steeds van de feitelijke uitoefening van de bevoegdheden afhangen of genotsrechten met elkaar in conflict komen.

Indien de genotsrechten niet volledig tegelijkertijd kunnen worden uitgeoefend, staan de oudst gerechtigde verscheidene rechtsvorderingen ten dienste om zijn aanspraak uit het materiële recht te verwezenlijken. Zo kan in de eerste plaats een goederenrechtelijke actie tot afgifte of ontruiming van het goed worden ingesteld. Hoewel de wetgever in art. 5:2 BW een dergelijke actie – de revindicatie genoemd – alleen aan de eigenaar van een zaak toekent, komt aan een beperkt goederenrechtelijk gerechtigde evenzeer een eigen goederenrechtelijke rechtsvordering toe.²⁵⁶ Meijers vermeldt in de toelichting op art. 5:2 BW immers dat

‘de toekenning der in dit artikel genoemde rechtsvordering reeds besloten ligt in de bepalingen, die in het derde boek omtrent rechtsvorderingen in het algemeen worden gegeven, in het bijzonder art. [3:296 BW], [...]’.²⁵⁷

In art. 3:296 BW heeft de wetgever ter verwezenlijking van een aanspraak uit het materiële recht een condemnatoire rechtsvordering opgenomen. Deze rechtsvordering is erop gericht iemand door de rechter te laten veroordelen tot de nakoming van een rechtsplicht. Uit de toelichting op art. 3:296 BW volgt dat de in dit artikel genoemde verplichting om iets te geven, te doen of na te laten

254 Zie bijvoorbeeld Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/39.

255 Hoewel het recht van erfpacht in beginsel de volledige heerschappij van de zaak omvat, wordt in de praktijk ook wel gebruik gemaakt van de constructie waarin het genot wordt beperkt in de tijd – zo kan bijvoorbeeld elke gebruiker het genot verkrijgen gedurende een telkens weerkerende week per jaar – alsmede van de constructie van de zogenoemde ‘gestapelde erfpacht’, waarbij het genot bijvoorbeeld is beperkt tot een bepaalde verdieping van een gebouw. Zie Van Velten 2015, p. 543 en 567.

256 Vgl. art. 828 OBW dat uitdrukkelijk bepaalde dat aan de vruchtgebruiker alle zakelijke rechtsvorderingen toekomen die de wet aan de eigenaar toekent. Ondanks het ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling geldt hetzelfde voor de andere beperkte rechten, zie Van Nispen, diss. 1978/47.

257 Zie PG Boek 5 BW, p. 71. Meijers achtte het uitdrukkelijk opnemen van de revindicatie niettemin gewenst om deze actie nader te regelen. Vanuit het oogpunt van de eigenaar impliceert deze motivering tevens dat ook andere uit de eigendom voortvloeiende rechtsvorderingen op art. 3:296 BW gebaseerd kunnen worden. Men denke aan de moderne actio negatoria, zie Van Es, diss. 2005, p. 190.

‘niet alleen het eigenlijke verbintenissenrecht bestrijkt, [maar] ook uit bepalingen van het zakenrecht [...] kan voortvloeien’.²⁵⁸

Deze toelichting maakt duidelijk dat een op art. 3:296 BW gebaseerde vordering zich mede uitstrekt tot de nakoming van plichten die voortvloeien uit goederenrechtelijke rechten.

De goederenrechtelijke rechtsvordering kan worden herleid naar het Romeinse recht waarin onderscheid werd gemaakt tussen *actiones in personam* en *actiones in rem*. Naar Romeins recht beschikte elk van de goederenrechtelijk gerechtigden over een specifieke *actio in rem* naar het voorbeeld van de *rei vindicatio*.²⁵⁹ Zo konden de vruchtgebruiker en de gerechtigde tot een erfdienstbaarheid zelfstandig een *actio confessoria* instellen, kwam een erfpachter een *rei vindicatio utilis* toe en beschikten zekerheidsgerechtigden over de *actio Serviana*.²⁶⁰ Aan deze rechtsvorderingen komt echter onder het moderne recht een andere betekenis toe.²⁶¹ In de Romeinse rechtspraak moest uitdrukkelijk een beroep worden gedaan op één van de erkende rechtsvorderingen, terwijl naar huidig procesrecht alleen de voor het intreden van het beoogde rechtsgevolg benodigde feiten hoeven te worden gesteld.²⁶² Bovendien waren de Romeinsrechtelijke acties gericht op zowel de vaststelling door de rechter dat het recht bestond alsmede op de afgifte van de zaak dan wel het herstel van de situatie waarin de gerechtigde van de aan hem toekomende bevoegdheden gebruik kan maken.²⁶³ Naar huidig recht vallen deze Romeinse *actiones in rem* uiteen in verschillende rechtsvorderingen. Zo moet de vordering van een verklaring voor recht waarbij de rechter zoals bedoeld in art. 3:302 BW het bestaan of de omvang van het recht vaststelt – hetgeen uitmondt in een declaratoir vonnis – worden onderscheiden van de veroordeling – bij condemnatoir vonnis – tot afgifte van het goed.²⁶⁴

258 Zie PG Boek 3 BW, p. 895. Ter zake van de bevoegdheden van de vruchtgebruiker is in de parlementaire geschiedenis een uitdrukkelijke verwijzing naar de rechtsvordering van art. 3:296 BW te vinden. Zie PG Boek 3 BW, p. 671.

259 Zie Kaser I (1971), p. 446 en 473.

260 Zie voor de gerechtigde tot een erfdienstbaarheid D. 8,5,10,1 (Ulpianus), voor de vruchtgebruiker D. 7,6,5,1 (Ulpianus), voor de erfpachter D. 6,3,1,1 (Paulus) en voor de zekerheidsgerechtigde D. 20,1,10 (Ulpianus).

261 Zie het felle betoog van Meijers tegen het gebruik van de Romeinse terminologie in WPNR 1912/2240 en 2243.

262 Meijers merkt op in WPNR 1912/2240 dat we in ons recht niet meer een van etiketten voorzien stelsel van rechtsvorderingen hebben. Dat wordt thans onderstreept door de plicht die op de rechter rust om rechtsgronden aan te vullen op grond van art. 25 Rv.

263 Zie Kaser I (1971), p. 447.

264 Zie het in navolging van Meijers WPNR 1912/2240 gemaakte onderscheid in rechtsvorderingen bij Snijders & Rank-Berenschot 2017/460.

De verschillende goederenrechtelijke rechtsvorderingen ter handhaving van het recht vloeien voort uit het absolute karakter van het goederenrechtelijke recht en vinden hun wettelijke basis in art. 3:296 BW.²⁶⁵ Het zal van de feitelijke situatie afhangen met welke rechtsvordering de beperkt gerechtigde het best uit de voeten kan. De vordering tot afgifte van het goed die bij onroerende zaken bestaat in de ontruiming van de zaak, is denkbaar bij rechten die de volledige heerschappij van het goed omvatten.²⁶⁶ De gerechtigde tot een erfdiensbaarheid heeft daarentegen baat bij een vordering tot herstel van de situatie waarin uitoefening van de erfdiensbaarheid weer mogelijk is.²⁶⁷ Een dergelijke veroordeling tot herstel kan ook worden gevorderd door de eigenaar die in het volle genot van zijn eigendomsrecht wordt gestoord.²⁶⁸ Het herstel van de rechtmatige toestand kan onder omstandigheden bestaan – zoals in het Grensoverschrijdende garage-arrest – in de amotie van een grensoverschrijdend gebouwde garage.²⁶⁹ Hoewel dit arrest doorgaans in de sfeer van het leerstuk van misbruik van recht wordt genoemd – de bevoegdheid om amotie te vorderen wordt immers begrenst door het bepaalde in het huidige art. 3:13 BW – maakt dit arrest tevens duidelijk dat de veroordeling tot herstel jegens eenieder kan worden gevorderd die in strijd met het goederenrechtelijke recht handelt.²⁷⁰ De vordering tot herstel betreft dus een goederenrechtelijke rechtsvordering die op het goederenrechtelijke recht wordt gebaseerd en derhalve ook aan de gerechtigde tot een erfdiensbaarheid toekomt.

265 Suijling V, p. 169 merkt op dat de rechtsvorderingen rechtstreeks voortvloeien uit het zakelijke recht. Zie voorts Van Es, diss. 2005, p. 273, Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/112, Snijders & Rank-Berenschot 2017/460 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/473. Zie ook PG Boek 3 BW, p. 895, waaruit blijkt dat Meijers heeft beoogd art. 3:296 BW een ruim toepassingsbereik te geven.

266 De reële executie van een rechterlijke veroordeling – men denke aan de wijze van directe afdwinging dan wel indirecte executie door middel van een dwangsom – laat ik buiten beschouwing. Zie hierover Asser/Sieburgh 6-II 2017/346 e.v.

267 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 15 september 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ7900 en Hof Den Haag 29 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2023.

268 Zie twee oude arresten van de Hoge Raad – 29 juni 1860, W 2185 en 15 juni 1883, W 4926 – waarin wordt aangenomen dat de vordering tot herstel haar grondslag vindt in het goederenrechtelijke recht.

269 Zie HR 17 april 1970, NJ 1971/89, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Grensoverschrijdende garage*).

270 Met de overweging van de Hoge Raad dat amotie kan worden gevorderd ‘ook al zou [gedaagde] bij de grensoverschrijding te goeder trouw zijn geweest’, wordt het goederenrechtelijke karakter duidelijk omdat de toekenning van de vordering niet afhankelijk wordt gesteld van toerekenbaarheid aan de gedaagde en evenmin afhankelijk is van de vraag of hij wist dan wel kon weten dat hij in strijd met het recht handelde. Hiermee wordt duidelijk onderscheiden van de delictuele grondslag, waarop de vordering ook wel wordt gebaseerd, bijvoorbeeld in HR 18 maart 1932, NJ 1932, 1329, m.nt. P. Scholten. Zie hierover Van Nispen, diss. 1978/49.

Aangezien een belemmering in de uitoefening van de bevoegdheden tevens een inbreuk op een recht oplevert, kan de beperkt gerechtigde zijn vordering ook op onrechtmatige daad baseren.²⁷¹ De beperkt gerechtigde kan daarbij vorderen dat de schadevergoeding op grond van art. 6:103 BW niet in de vorm van betaling van een geldsom, maar in het herstel van de rechtmatige toestand zal worden toegekend.²⁷² De benadeelde bevindt zich met zijn vordering op de grondslag van art. 6:162 BW wel in een lastigere bewijsspositie.²⁷³ Hij moet immers stellen en zo nodig bewijzen dat de gedaagde tegenover hem onrechtmatig heeft gehandeld en dat de onrechtmatige daad aan hem kan worden toegerekend.²⁷⁴ Bovendien berust de toewijzing van schadevergoeding in een andere vorm dan de toekenning van een geldsom op een discretionaire bevoegdheid van de rechter.²⁷⁵ In tegenstelling tot een op art. 3:296 BW gebaseerde vordering tot herstel van de rechtmatige toestand, kan de rechter bij een persoonlijke vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad dus volstaan met een veroordeling tot schadevergoeding in geld.

8.7 SLOTSOM

Conflicterende rechten in het Nederlandse goederenrecht zijn in beginsel onderworpen aan de toepassing van de prioriteitsregel. Het feit dat de wetgever het uitdrukkelijk codificeren van de prioriteitsregel achterwege heeft gelaten, laat zijn gelding onverlet. Alleen ten aanzien van meerdere inschrijvingen die op eenzelfde registergoed betrekking hebben, is een bepaling in de wet opgenomen die weergeeft dat de rangorde wordt bepaald naar anciënniteit. Het betreffende art. 3:21 lid 1 BW geeft in het kader van colliderende rechten op een registergoed uiting aan de toepassing van de prioriteitsregel. Ten aanzien van goederenrechtelijke rechten op een registergoed heeft art. 3:21 BW evenwel gelet op het absolute karakter van deze rechten te gelden als een overbodige bepaling.²⁷⁶ Bovendien maakt dit wetsartikel

271 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/46.

272 De strekking van schadevergoeding is bovendien dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand wordt gebracht die zou hebben bestaan indien de onrechtmatige daad niet zou zijn gepleegd. Feitelijk herstel ligt in dezen meer voor de hand dan een vergoeding in geld. Zie Asser/Sieburgh 6-II 2017/21 en 31. Ook onder oud recht was het vaste rechtspraak dat bij een vordering uit onrechtmatige daad als schadevergoeding herstel van de rechtmatige toestand kon worden gevorderd. Zie HR 18 maart 1932, *NJ* 1932, 1333, m.nt. P. Scholten.

273 Zie hierover Van Nispen, diss. 1978/46.

274 Zie uitgebreid over deze vereisten Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/98.

275 Aangenomen kan worden dat de rechter – ofschoon schadevergoeding in geld de hoofdregel vormt – geen terughoudendheid hoeft te betrachten bij de toekenning van schadevergoeding in de vorm van herstel van de rechtmatige toestand. Zie Van Nispen, diss. 1978/46 en Asser/Sieburgh 6-II 2017/21.

276 Art. 3:21 lid 1 BW vervult weldegelijk een functie omdat in de rangorde ook inschrijvingen met een obligatoire grondslag betrokken kunnen zijn.

in het tweede lid een onhoudbare uitzondering op de prioriteitsregel. De in lid 2 onder b opgenomen oplossing voor het vaststellen van de rangorde bij gelijktijdige inschrijvingen koppelt namelijk de rang van het recht los van het totstandkomingsmoment en doorbreekt daarmee de zuivere toepassing van de prioriteitsregel. Aangezien voor de nadere bepaling van de rangorde wordt aangesloten bij het tijdstip waarop de notariële akten zijn opgemaakt, ontleent een recht zijn rang aan een tijdstip dat door een zekere willekeur wordt bepaald. De keuze voor deze pragmatische regeling komt voort uit de wijze waarop het stelsel van registratie en publicatie is ingericht. Gelet op de mogelijkheden die de huidige stand van de technologie biedt, is echter een rangorderegel die onverenigbaar is met goederenrechtelijke uitgangspunten niet langer te verdedigen.

Ter bescherming van bepaalde hypotheeknemers bevat de wet van oudsher een aantal uitzonderingen op de rangorde naar de volgorde van inschrijving. De praktische betekenis van deze hypotheeken – het betreft die voor onbetaalde kooppunten en die voor een overbedelingssom bij verdeling – is evenwel gering. Van groter belang is daarentegen de mogelijkheid om met goederenrechtelijk effect bij overeenkomst een afwijkende rangorde te bepalen. Gelet op het vereiste van een geregistreerde notariële akte waaruit de toestemming van iedere betrokkene moet blijken, wordt de kenbaarheid van de rangwisseling gewaarborgd en bestaat tegen deze mogelijkheid geen bezwaar. Wel moet worden aangenomen dat ter voorkoming van het ontstaan van relatief werkende rangwisselingen met goederenrechtelijk effect, ook eventuele tussenliggende gerechtigden met de rangwisseling dienen in te stemmen.

Pandrecht nemen eveneens onderling rang in naar de volgorde van de tijdstippen waarop zij tot stand zijn gekomen. De kenbaarheid van deze totstandkoming zorgt echter, naargelang de aard van het pandobject, voor diverse knelpunten. Vanwege de gebrekkige kenbaarheid heeft de wetgever ten aanzien van pandrechten op roerende zaken een beschermingsregeling opgenomen ten behoeve van de vuistpandnemer die oudere pandrechten kende noch behoorde te kennen. Deze vuistpandnemer te goeder trouw hoeft de oudere pandrechten niet tegen zich te laten gelden. De oudere pandrechten blijven weliswaar bestaan, maar nemen rang in na de vuistpandhouder. Het verdient aanbeveling om deze beschermingsmaatregel die de prioriteitsregel doorbreekt, zeer terughoudend toepassing te laten vinden. Daarop voortbordurend zou met de invoering van een openbaar pandregister een derdenbeschermingsregel zelfs in het geheel overbodig worden. In dat geval wordt de bescherming gericht op de rechthebbende en niet op derden te goeder trouw. De prioriteitsregel kan dan onverkort worden toegepast, waarmee tevens het verschil tussen pandrechten op roerende zaken en pandrechten op vorderingen wordt opgeheven.

Een pandregister vervult tevens een functie ten aanzien van het bewerkstelligen van een door de rechtspraktijk gewenste rangwisseling met goederenrechtelijk effect. Analoge toepassing van art. 3:262 BW stuit voornamelijk op dogmatische en praktische bezwaren. Het is aan de wetgever om de toe-

passing van de figuur van rangwisseling in het kader van pandrechten toe te staan. De codificatie hiervan dient gepaard te gaan met de invoering van een pandregister om het beoogde goederenrechtelijk effect te kunnen verdedigen alsook om de praktische uitvoerbaarheid ervan te kunnen effectueren.

Een recht van vruchtgebruik op een roerende zaak of vorderingsrecht dat in conflict komt met een ander goederenrechtelijk recht is evenzeer aan de prioriteitsregel onderhevig. Onderling onverenigbare rechten van vruchtgebruik zijn echter zeldzaam gelet op het motief dat doorgaans aan de vestiging van een recht van vruchtgebruik ten grondslag ligt.

In conflicten tussen meerdere leveringen bij voorbaat is sprake van een atypische toepassing van de prioriteitsregel. Het betreft geen conflict tussen meerdere goederenrechtelijke rechten. Zo lang de beschikkingsbevoegdheid bij de vervreemder van een toekomstig goed nog niet is ingetreden, is de overdracht immers nog niet voltooid. Het feit dat bij het intreden van de beschikkingsbevoegdheid de oudste levering bij voorbaat in een eigendoms-overdracht resulteert, vloeit voort uit art. 3:97 lid 2 BW. In deze wetsbepaling dient behalve een koppeling met de regeling van art. 3:90 lid 2 BW tevens een uitdrukkelijke keuze voor het prioriteitsprincipe te worden gelezen.

De wijze waarop de prioriteitsregel in concreto gestalte krijgt is afhankelijk van de aard van het sterkste recht. In het algemeen vloeien uit het absolute karakter van het goederenrechtelijke recht goederenrechtelijke rechtsoverdrachten voort ter handhaving van het recht. Bij de uitoefening van zekerheidsrechten door middel van executie bepaalt de prioriteitsregel of andere op het goed gevestigde genotsrechten de executie overleven. Ten aanzien van genotsrechten die de executie niet overleven en andere zekerheidsrechten manifesteert de prioriteitsregel zich bovendien ter zake van de verdeling van de executieopbrengst. Ook buiten executiegeschillen kan een genotsrecht in conflict komen met andere rechten, bijvoorbeeld als de gerechtigde in de uitoefening van zijn recht wordt belemmerd. In een dergelijk geval kan de genotsgerechtigde zijn recht handhaven door het instellen van een op het goederenrechtelijk recht gebaseerde goederenrechtelijke rechtsoverdracht.

9 Prioriteit buiten het goederenrecht

9.1 INLEIDING

In hoofdstuk 7 is vastgesteld dat het toepassingsgebied van de prioriteitsregel strikt dogmatisch gezien is voorbehouden aan het goederenrecht. De prioriteitstoepassing kan immers worden teruggevoerd op de absolute werking van goederenrechtelijke rechten. Toch heeft de prioriteitsgedachte ook buiten het goederenrecht voet aan de grond gekregen. In dit hoofdstuk wordt onderzocht op welke plaats een dergelijke atypische prioriteitstoepassing kan worden waargenomen en welke argumenten voor de invloed van de prioriteitsregel buiten het goederenrecht kunnen worden aangedragen. Zo vindt men in de eerste plaats in art. 3:298 BW een uitdrukking van de prioriteitsregel ten aanzien van conflicterende verbintenisrechtelijke rechten. Daarnaast worden bepaalde obligatoire rechten van een versterking met goederenrechtelijke aspecten voorzien – ik noem het recht van de huurder, de Vormerkung en de kwalitatieve verplichting – waarmee zij aan de prioriteitsregel onderworpen worden dan wel de toepassing ervan doorbreken. Ook het procesrecht raakt aan de prioriteitstoepassing met de regeling voor beslag. Tot slot komt aan de orde in hoeverre het handelen van een notaris gevolgen heeft voor de werking van de prioriteitsregel.

Op deze plaats dient ter zake van de afbakening nog te worden opgemerkt dat een aantal rechten weliswaar de schijn wekt in prioriteitsconflicten voor te komen, maar in feite een bevoorrechte positie uitsluitend aan de wet en niet aan de prioriteitsregel ontleent. Deze rechten worden alleen besproken voor zover zij in de literatuur in verband worden gebracht met de prioriteitsregel. Naar hierna zal worden beschreven, vormt het recht van de huurder hiervan een voorbeeld. Voorrechten alsmede het retentierecht kunnen buiten beschouwing blijven. Hoewel zij de prioriteitsregel wel degelijk kunnen doorbreken, bepaalt de wet – met de nodige uitzonderingen¹ – hun verhouding tot voorrechten en andere voorrangrechten.² Ook

1 Hoewel voorrechten in de regel na pand en hypotheek worden gerangschikt, bevat de wet enkele uitzonderingen. Ik noem bij wijze van voorbeeld het voorrecht van het waterschap ter zake van de invordering van waterschapsbelastingen dat op grond van art. 138 lid 3 Waterschapswet boven hypotheek gaat. Zie voorts art. 25 Wegenwet voor een voorrecht dat rang neemt boven hypotheek. Zie hierover Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/108.

2 Het retentierecht kan op grond van art. 3:291 lid 2 BW in een tweetal gevallen zelfs worden ingeroepen tegen derden met een ouder recht. Zie hierover Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/513 en 514.

het fiscaal bodemrecht krijgt geen behandeling. Deze rechtsfiguur moet worden beschouwd als een bijzonder verhaalsrecht dat – in het belang van 's Rijks schatkist – ongeacht de rechten van andere schuldeisers en zelfs ongeacht de eigendomsrechten van derden kan worden uitgeoefend.³

9.2 PRIORITEITSTOEPASSING BIJ OBLIGATOIRE RECHTEN ONDERLING

9.2.1 Gelijkheid van schuldeisers

In tegenstelling tot een absoluut recht op een goed dat door eenieder moet worden geëerbiedigd, werkt een obligatoir recht slechts tegen een of meer bepaalde personen. Schuldeisers kunnen hun recht uitsluitend tegen hun schuldenaar doen gelden. Verschillende schuldeisers van een schuldenaar staan onderling in beginsel in geen enkele rechtsbetrekking. Ieder kan zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen. Bovendien is ieder in principe vrij in de keuze van de goederen waarop hij verhaal zoekt, zonder dat hij zich daarbij hoeft te laten leiden door de belangen van de andere schuldeisers. Pas indien de schuldenaar in staat van faillissement verkeert en de omvang van de vorderingen de waarde van de goederen overstijgt, komt de vraag op naar de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers. Ten aanzien van hun verhaalsrecht bepaalt de wet in art. 3:277 lid 1 BW dat schuldeisers in beginsel onderling een gelijk recht hebben om uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering.⁴ Waar met betrekking tot goederenrechtelijke rechten de ouderdom van het recht nu juist de graadmeter is voor de onderlinge verhouding tot andere goederenrechtelijke rechten, verkrijgen schuldeisers in het verbintenenrecht gelijke rang, zonder te letten op de datum van de vordering of de datum waarop beslag is gelegd.⁵

9.2.2 Botsende rechten op levering

Het onderscheid tussen persoonlijke en goederenrechtelijke rechten is voor wat betreft het recht op levering niet zonder nuancering te maken. In beginsel is een recht op levering – een verbintenis die bijvoorbeeld is ontstaan uit een koopovereenkomst – een persoonlijk recht jegens de vervreemder.⁶

3 Zie over het bodemrecht Tekstra 2009, p. 573 e.v., Mijnsen & Van Mierlo 2009/1.14, Asser/Van Mierlo 3-IV 2016/494, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/932 en Snijders & Rank-Berenschot 2017/733.

4 Als uitzonderingen hierop erkent de wet enkele redenen van voorrang. Het betreft een gesloten stelsel van voorrangrechten. Dat betekent dat alleen de in art. 3:278 lid 1 BW genoemde redenen zijn toegelaten als uitzonderingen op de *paritas creditorum*.

5 Zie PG Boek 3 BW, TM, p. 856.

6 In het hiernavolgende spreek ik ten behoeve van de leesbaarheid doorgaans van een *koper* als gerechtigde tot levering van een zaak. Opgemerkt moet worden dat deze gerechtigde ook krachtens andere titel dan koop de beoogde verkrijger kan zijn.

Indien de vervreemder zich jegens twee kopers obligatoir heeft verbonden, staat het iedere koper vrij om nakoming te vorderen. Aangezien tussen de kopers van de dubbel verkochte zaak geen rechtsverhouding ontstaat, is het goederenrechtelijk gezien mogelijk dat de zaak definitief aan de tweede koper wordt geleverd, zelfs als deze wist dat de verkoper zich al eerder jegens een andere koper tot levering had verplicht.

In het Franse systeem van eigendomsoverdracht kwalificeert het leveringsrecht van de koper als een goederenrechtelijk recht. De eigendom is immers door de enkele wilsovereenstemming overgegaan op de verkrijger. In het geval van een dubbele verkoop van een roerende zaak kan de tweede koper geen translatieve werking aan de koopovereenkomst ontleen omdat de verkoper op het moment van die tweede verkoop geen eigenaar meer is. Toch kan deze latere koper nog eigenaar worden – zij het dat deze verkrijging niet voortvloeit uit overdracht, maar volgt uit het beginsel *possession vaut titre* – indien hij het bezit te goeder trouw heeft verkregen.⁷ Ten aanzien van onroerende zaken is daarentegen de derdenwerking wel afhankelijk gesteld van nadere formaliteiten, te weten de inschrijving in de openbare registers.⁸ De overdracht aan de eerste koper kan pas aan de tweede koper worden tegengeworpen nadat het recht van de eerste koper in de registers is ingeschreven. Met betrekking tot de eigendomsoverdracht van onroerende zaken in het kader van een dubbele verkoop geldt aldus zowel in Frankrijk als in Nederland het adagium ‘wie het eerst komt, die het eerst maalt’, in die zin dat die koper eigenaar wordt die zijn recht als eerste in de registers laat aantekenen. Dat kan derhalve ook de tweede koper zijn.

Het is naar het systeem van het Nederlandse goederenrecht geoorloofd dat een verkoper een dubbel verkochte zaak aan de tweede koper levert. De Hoge Raad overwoog in dat kader in het arrest Boers/Van der Marel in strikte zin:

‘[dat] de persoonlijk verplichting de perceelen aan Boers (op grond van een eerdere afspraak) over te dragen, onverkort liet zijn zakelijk recht op die perceelen, zodat hij [...] gerechtigd bleef om over die perceelen te beschikken, en dus zijn zakelijk recht daarop onverkort aan Leguit (als rechtsvoorganger van Van der Marel) [kon] overdragen.’⁹

Ondanks het feit dat Leguit bekend was met de persoonlijke verplichting van de verkoper jegens Boers, stonden Boers geen middelen ten dienste om op te komen tegen de eigendomsoverdracht aan Leguit. In zijn noot onder dit arrest merkt Scholten op:

‘Er zal wel niemand zijn, die de uitkomst van dit geding – aangenomen de gestelde kwade trouw der betrokken personen – bevredigend vindt, [...]’

7 Zie over het beginsel ‘*en fait de meubles, la possession vaut titre*’, opgenomen in art. 2276 Cc, waarvan art. 1141 Cc een uitdrukking betreft, hierboven par. 6.3.2.2.

8 Zie hierboven par. 6.3.2.1.

9 HR 10 juni 1938, NJ 1939/411 (Boers/Van der Marel).

Uit de onvrede met het feit dat de verkoper de zaak in goederenrechtelijke zin ongehinderd aan de tweede koper kan leveren – zelfs als deze koper wist dat de verkoper zich eerder had verbonden – zijn diverse opvattingen geboren om het leveringsrecht van de eerste koper te beschermen. Zo is verdedigd dat de eerste koper met de *actio Pauliana* zoals neergelegd in art. 1377 OBW kan ageren tegen de tweede koop.¹⁰ Het aangaan van de tweede koop door de verkoper wordt in die opvatting gekwalificeerd als een onverplichte handeling waardoor de eerste koper als crediteur van de verkoper is benadeeld. Het betreft een ruime opvatting van dit rechtsmiddel omdat door het aangaan van de tweede koop niet het geheel van schuldeisers, maar alleen de eerste koper als schuldeiser wordt benadeeld.¹¹ Ook in het Franse recht heeft men de toepassing van de *actio Pauliana* aangedragen in het kader van een dubbel verkochte onroerende zaak.¹² Bezieet men het rechtsmiddel van de verruimde *Pauliana* in het kader van het onderscheid tussen het verbintenissen- en goederenrecht, dan worden de vergaande consequenties duidelijk van de toepassing van deze figuur.¹³ Het recht op levering van de eerste koper krijgt namelijk een goederenrechtelijk tintje omdat dit recht ook kan worden ingeroepen tegen een tweede koper te kwader trouw.¹⁴ De Nederlandse wetgever van het BW van 1992 overwoog dat de regel van de verruimde *Pauliana* om die reden:

‘te weinig genuanceerd [zou] zijn en in het verbintenissenrecht slecht [zou] passen’.¹⁵

De wetgever wees erop dat de eerste koper een ander middel ten dienste staat waarmee praktisch hetzelfde resultaat kon worden bereikt.¹⁶ In de rechtspraak van destijds van de Hoge Raad was immers aanvaard dat de eerste

10 Zie Dinger, diss. 1919, p. 32 die aanneemt dat de toepassing van de uitgebreide *actio Pauliana* geldend recht betrof.

11 Die benadeling is erin gelegen dat hij een geldsom – hij heeft immers in beginsel recht op schadevergoeding – in plaats van de zaak verkrijgt. Hier komt de zwakte van deze opvatting aan het licht omdat art. 1377 OBW het verhaalsrecht van de crediteuren beschermt, hetgeen door de verkoop niet wordt aangetast. Zie tegen Dinger onder meer Suijling II, nr. 38 en Scholten in zijn noot onder HR 10 juni 1938, NJ 1939/411 (Boers/Van der Marel).

12 Zie Planiol & Ripert/Esmein VII, nr. 938. Anders dan in Nederland heeft in Frankrijk ook de rechtspraak deze figuur aanvaard. Zie de verwijzingen bij Planiol & Ripert/Esmein VII, nr. 938, noot 1.

13 Meijers acht mede met oog op het Franse systeem de houding van de rechter in een geval van een dubbel verkochte zaak typerend voor de toenemende grensvervaging tussen het goederen- en verbintenissenrecht. Zie Meijers 1948, p. 274.

14 Zie Dinger, diss. 1919, p. 43 en 44. Overigens heeft Dinger weinig medestanders gevonden. Zie voorts de scherpe kritiek van Talsma, diss. 1930, p. 95 e.v.

15 Zie PG Boek 3 BW, p. 217. Bovendien resulteert de *Pauliana* in de vernietiging van de rechtshandeling van de schuldenaar met als gevolg dat dit rechtsmiddel van de tweede koper zelfs faillissementsbestendig is.

16 Zie PG Boek 3 BW, p. 217.

koper een actie op grond van onrechtmatige daad kan instellen.¹⁷ Het handelen van de tweede koper die de eerder gesloten overeenkomst kende en door het aangaan van de tweede koopovereenkomst en het bewerkstelligen van de levering aan hem profiteert van de wanprestatie die de verkoper pleegt, kwalificeert onder omstandigheden als een onrechtmatige daad.¹⁸ De schadevergoeding ter zake hiervan kan bestaan in de veroordeling om ten behoeve van de benadeelde een prestatie te verrichten, zoals het overdragen van de zaak.¹⁹ De eerste koper kan dus met het instellen van de actie uit onrechtmatige daad tegen de tweede koper bewerkstelligen dat hij alsnog de eigendom van de zaak verkrijgt. Overigens resulteert het enkele gebruikmaken van wanprestatie niet per definitie in een onrechtmatige daad. Voor het aanvaarden van onrechtmatig handelen dienen bijkomende omstandigheden aanwezig te zijn. Daarbij kan worden gedacht aan het feit dat de tweede koper de eerdere overeenkomst kende, zich ervan bewust was dat zijn handelen de eerste koper aanmerkelijk nadeel zou toebrengen en in een bijzondere vertrouwenspositie tot de verkoper stond waarin hij invloed kon uitoefenen.²⁰ Aangezien onder die omstandigheden ook derden zich dienen te onthouden van handelingen die de strekking hebben de nakoming door de schuldenaar te verhinderen, karakteriseerde Meijers het leveringsrecht van de koper als een recht met enigszins absolute werking.²¹ De wijze waarop de rechter omgaat met situaties waarin een zaak achtereenvolgens twee keer wordt verkocht maar nog niet is geleverd, noemde Meijers typerend voor de vraag of het persoonlijke recht – in dit geval een recht op levering – toch een zekere werking tegenover andere kopers toekomt.²²

Met in het achterhoofd de bescherming die de eerste koper onder omstandigheden aan een beroep op de onrechtmatige daad kan ontleen, heeft de wetgever van het huidige BW ervoor gekozen om het recht op levering in de

17 Verwezen wordt naar de arresten HR 19 februari 1960, NJ 1960/473 (*Aurora*), HR 11 maart 1960, NJ 1960/261 (*Moerman/De Witte*), HR 3 januari 1964, NJ 1965/16 (*Tante Bertha*), HR 4 juni 1965, NJ 1965/381 (*Kamsteeg/Caltex*) en HR 17 november 1967, NJ 1968/42 (*Pos/Van den Bosch*).

18 Naar vaste rechtspraak is het profiteren van wanprestatie niet per definitie onrechtmatig. Voor het aanvaarden van een onrechtmatige daad dienen bijkomende omstandigheden aanwezig te zijn. Zie HR 12 jan 1962, NJ 1962/246, HR 3 januari 1964, NJ 1965/16 (*Tante Bertha*) en HR 17 mei 1985, NJ 1986/760 (*Curaçao/Boyé*).

19 Zie HR 3 januari 1964, NJ 1965/16 (*Tante Bertha*) en HR 17 november 1967, NJ 1968/42 (*Pos/Van den Bosch*), waarin deze mogelijkheid ook al voor de invoering van art. 6:103 BW werd aanvaard.

20 Onder deze omstandigheden nam de Hoge Raad onrechtmatig handelen aan. Zie HR 17 november 1967, NJ 1968/42 (*Pos/Van den Bosch*).

21 Deze zogenoemde absolute werking in statische zin onderscheidt Meijers van de absolute werking in dynamische zin, waarbij gedacht kan worden aan verbintenissen – zoals het recht van de huurder en pachter – die tegen alle latere verkrijgers kunnen worden ingeroepen. Zie Meijers 1948, p. 273. Zie voorts de voorbeelden van rechtspraak genoemd in voetnoot 1 op dezelfde pagina.

22 Zie Meijers 1948, p. 274.

obligatoire sfeer te houden.²³ Toch is hij de koper tegemoet gekomen door hem een mogelijkheid te geven zijn recht op levering veilig te stellen. Met de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn de beslagmogelijkheden verruimd, met als gevolg dat een koper van een onroerende zaak conservatoir beslag tot levering kan leggen.²⁴ Het gevolg van een dergelijk beslag is dat ingevolge art. 734 jo. 505 lid 2 Rv onder meer een vervreemding aan een andere koper niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. De mogelijkheid om nakoming af te dwingen van een verbintenis tot levering door middel van het leggen van conservatoir beslag heeft evenwel een nieuwe kwestie opgeworpen. De situatie waarin meerdere kopers beslag leggen, mondt immers uit in een impasse omdat elk beslag de levering aan de ander blokkeert. Hoewel beide persoonlijke rechten in beginsel in rang gelijk staan, biedt de hoofdregel met betrekking tot ieders verhaalsrecht van art. 3:277 BW – te weten de voldoening naar evenredigheid van ieders vordering – geen oplossing omdat het recht op levering een ondeelbare prestatie betreft.²⁵ Aanvankelijk bevatte het ontwerp voor het BW geen regel voor de beslagleggers om uit deze impasse te komen. Bij de vaststelling van het eindverslag met betrekking tot het nieuwe Boek 3 BW heeft de bijzondere commissie uit de Eerste Kamer toch de noodzaak van de codificatie van een materieelrechtelijke regeling onder ogen gezien.²⁶ Zij stuurde aan op een oplossing die aansluit bij de regeling van het uiteindelijke art. 3:21 BW, dat wil zeggen bij de tijdstippen waarop ieders recht tot levering is ontstaan. Hoewel de regeringscommissaris in reactie hierop terecht aantekent dat art. 3:21 BW een wezenlijk ander geval bestrijkt dan conflicterende vorderingsrechten, erkent hij de mogelijkheid om ook in dit geval als hoofdregel te laten gelden dat het oudste recht voorgaat.²⁷ In het daarop volgende mondelinge overleg werd bevestigd dat ook de verschillende juridische beroepsgroepen²⁸ de voorkeur geven aan een hoofdregel die inhoudt dat in het geval van botsende leveringsrechten het oudste recht voorgaat.²⁹

23 Opgemerkt moet worden dat het recht van de koper na de inschrijving in de openbare registers onmiskenbaar een zekere goederenrechtelijke werking krijgt. De *Vormerkung* – die overigens pas in 2003 is ingevoerd – krijgt hierna in par. 9.3.2 een aparte bespreking. Bij de invoering van het BW in 1992 had de wetgever de introductie van deze figuur nog afgewezen. Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1079-1081.

24 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 331. Deze mogelijkheid werd reeds aangekondigd in PG Boek 3 BW, p. 119.

25 Zie PG Boek 6 BW, p. 97.

26 Zie PG Boek 3 BW, p. 110. De suggestie van deze commissie kan niet los worden gezien van haar voorstel om de mogelijkheid van het leggen van conservatoir beslag tot levering te introduceren.

27 Zie PG Boek 3 BW, p. 111.

28 Overleg had plaatsgevonden met deskundigen uit de kring van rechterlijke macht, advocatuur en deurwaarders. Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1399.

29 Zie PG Boek 3 BW, p. 111. Ook in de memorie van toelichting die betrekking heeft op de wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering werd de leemte geconstateerd en werd de suggestie gedaan om als vuistregel op te nemen dat de oudste vordering voorgaat. Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 211.

De gesuggereerde hoofdregel heeft gestalte gekregen in de Invoeringswet.³⁰ Het in titel 3.11 opgenomen uiteindelijke art. 3:298 BW bepaalt:

‘Vervolgen twee of meer schuldeisers ten aanzien van één goed met elkaar botsende rechten op levering, dan gaat in hun onderlinge verhouding het oudste recht op levering voor, tenzij uit de wet, uit de aard van hun rechten of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit.’

Ondanks het feit dat tussen de kopers van een dubbel verkochte zaak geen rechtsverhouding ontstaat, heeft de wetgever met art. 3:298 BW een regeling opgenomen die juist in hun onderlinge verhouding van toepassing is. Deze materieelrechtelijke regeling voor het geval waarin de rechten met elkaar in botsing komen – dat is eerst het geval nadat beide schuldeisers beslag hebben gelegd ter bewaring van hun recht op levering³¹ – betreft een onverkorte toepassing van de prioriteitsregel. De rangorde wordt namelijk bepaald naar de volgorde van tijdstippen waarop de persoonlijke rechten tot levering zijn ontstaan.

Ter motivering van deze atypische prioriteitstoepassing voert de wetgever aan dat deze regel aansluit bij de recente ontwikkelingen in het toenmalige recht.³² Daarbij wordt verwezen naar een kortgedingvonnis van de rechtbank Middelburg en naar een opstel van W. Snijders.³³ De zaak waarin de President van de rechtbank Middelburg een kortgedingvonnis heeft gewezen, betrof een geval waarin een bedrijfsterrein achtereenvolgens aan twee verschillende partijen was verkocht. De eerste koper – wiens koopovereenkomst aanvankelijk werd betwist, doch door de kortgedingrechter rechtsgeldig werd geacht – had conservatoir beslag gelegd om de levering aan de tweede koper te voorkomen.³⁴ De verkoper vorderde opheffing van het beslag om aan zijn verplichting te kunnen voldoen jegens de tweede koper, met wie een hogere koopsom was overeengekomen. Naar het oordeel van de President:

‘is [X] de eerste koper en heeft zij en niet [Y] *dus* het eerste recht op levering. In ieder geval is naar ons voorlopig oordeel het standpunt van [X] zo sterk dat haar belang bij handhaving van het beslag op het bedrijfscomplex moet voorgaan boven dat van [de verkoper] tot nakoming van de met [Y] gesloten overeenkomst.’³⁵ (cursivering toegevoegd)

30 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1396.

31 Tot een botsing komt het reeds indien door één koper beslag is gelegd en een andere koper de opheffing van dit beslag vordert. Deze andere koper doet er echter verstandig aan om in dit geval ook zelf beslag te leggen om aldus te voorkomen dat levering aan de beslaglegger kan plaatsvinden. Daarom zal steeds worden uitgegaan van het geval waarin door beide kopers beslag is gelegd.

32 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397.

33 Zie Rb. Middelburg 18 augustus 1978, *NJ* 1979/591, m.nt. W.H. Heemskerk en Snijders 1980, p. 185-192.

34 Het stond onder het OBW ter discussie of het mogelijk was om conservatoir beslag te leggen op onroerend goed. De rechtbank huldigde in zijn voorlopig oordeel het standpunt dat zulks mogelijk is. Zie Rb. Middelburg 18 augustus 1978, *NJ* 1979/591, m.nt. W.H. Heemskerk, r.o. 4.

35 Zie Rb. Middelburg 18 augustus 1978, *NJ* 1979/591, m.nt. W.H. Heemskerk, r.o. 17.

In het voorlopige oordeel van de kortgedingrechter wordt aldus de ouderdom van de persoonlijke rechten betrokken bij de vaststelling van de rangorde. De opheffing van het beslag zou betekenen dat de zaak definitief aan de tweede koper geleverd kan worden en daarom handhaaft de rechter het beslag.³⁶

In zijn noot onder dit kortgedingvonnis stemt W.H. Heemskerk voorzichtig in met de keuze om aan het oudste leveringsrecht voorrang te verlenen. Hoewel hij terecht opmerkt dat de prioriteitsregel een zakenrechtelijk beginsel is dat niet zonder meer op het terrein van het verbintenissenrecht mag worden toegepast, ziet hij in dat nu eenmaal een keuze moet worden gemaakt tussen de kopers omdat het goed maar aan een van hen kan worden geleverd.

In zijn bijdrage in de Schadee-bundel loopt W. Snijders verschillende mogelijkheden langs die als oplossing kunnen dienen in de situatie van botsende leveringsrechten. In de eerste plaats stelt hij vast dat vanwege de mogelijkheid om leveringsbeslag te leggen niet kan worden volstaan met de regel 'wie het eerst komt, die het eerst maalt', in die zin dat voorrang wordt toegekend aan de schuldeiser die het goed als eerst geleverd krijgt.³⁷ Hoewel deze oplossing goed aansluit bij de gelijkheid van schuldeisers omdat beide kopers in beginsel gelijke kansen hebben, biedt deze regel geen oplossing voor de impasse die ontstaat als beide kopers conservatoir beslag hebben gelegd. Aan de alternatieve optie om de rangorde vast te stellen naar de volgorde van de tijdstippen waarop iedere schuldeiser de conservatoire maatregel heeft ingesteld, acht hij diverse bezwaren verbonden.³⁸ Het verdient volgens Snijders evenmin de voorkeur om de rechter geheel vrij te laten om naar gelang van de omstandigheden van het geval te beslissen.³⁹ Aangezien het recht op levering betrekking heeft op één bepaald goed en niet op een voor verdeling vatbare hoeveelheid naar de soort bepaalde zaken, moet een keuze worden gemaakt voor het recht van één van de schuldeisers. De door P.A. Stein aangedragen oplossing om beide beslagen te herleiden tot vervangende schadevergoeding,⁴⁰ biedt weliswaar een praktische mogelijkheid om het uitgangspunt van de gelijkgerechtigdheid van schuldeisers te huldigen, maar is door de wetgever verworpen.⁴¹ De kopers zullen immers met de schadevergoeding niet volledig geholpen zijn. Boven-

36 Daarmee gaat de president ook weer niet zo ver dat hij de verkoper veroordeelt om de zaak aan de eerste koper te leveren. Hiervoor kan de beslissing van de gewone rechter worden afgewacht. Zie Rb. Middelburg 18 augustus 1978, *NJ* 1979/591, m.nt. W.H. Heemskerk, r.o. 17.

37 Zie Snijders 1980, p. 186 en 187.

38 Zie voor de vier opgesomde argumenten Snijders 1980, p. 188 en 189.

39 Zie Snijders 1980, p. 189 die over dit stelsel opmerkt dat het voor de rechter erg moeilijk kan zijn om een maatstaf voor een beslissing te vinden. Stein, *WPNR* 1983/5652, p. 316 reageerde op de ontwerp-tekst van art. 3:298 BW door te bepleiten dat bij de beoordeling meer ruimte moet zijn voor de omstandigheden van het geval.

40 Zie Stein, *WPNR* 1983/5652, p. 316.

41 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1398.

dien kan deze oplossing ten voordele van de verkoper uitpakken omdat de koopprijs wordt opgedreven als beide kopers tegen elkaar gaan opbieden. Dat acht de wetgever onwenselijk omdat hij ervan uitgaat dat het bij een dubbele verkoop vaak zal gaan om een bedrieglijke of althans onachtzame verkoper.⁴²

Aan de oplossing om aansluiting te zoeken bij de rangorde tussen goederenrechtelijke rechten lijken al met al met de minste bezwaren te kleven. Hoewel deze oplossing een inbreuk maakt op de regel van de gelijkheid van schuldeisers – hetgeen de wetgever ook expliciet toegeeft⁴³ – gaat dit stelsel volgens Snijders uit van een op zichzelf duidelijke regel waarvan de toepassing in het algemeen niet tot grillige resultaten behoeft te leiden.⁴⁴ Hij zoekt voorts aansluiting bij de rechtspraak van de Hoge Raad waarop de prioriteitsregel naar zijn mening beter aansluit dan de andere oplossingen alsmede bij het Franse stelsel van eigendomsoverdracht. De rechtspraak van de Hoge Raad ziet echter slechts op gevallen waarin de tweede koper onrechtmatig handelen jegens de eerste koper kon worden verweten, terwijl de regel van art. 3:298 BW aan de eerste koper voorrang toekent ongeacht de rechtmatigheid van het handelen van de tweede koper.⁴⁵ Bovendien speelt art. 3:298 BW slechts in de gevallen waarin de levering door beslagen is verhinderd – en derhalve nog niet is voltooid – terwijl in de rechtspraak van de Hoge Raad steeds al een eigendomsoverdracht aan de tweede koper tot stand was gekomen.⁴⁶ Aan de rechtspraak van de Hoge Raad valt derhalve geen steun te ontleen voor de toepassing van de prioriteitsregel in het verbintenissenrecht, al helemaal niet in een situatie waarin nog geen levering heeft plaatsgevonden.

Ook de verwijzing naar Frans recht overtuigt niet. In beginsel heeft de eerste koper inderdaad een sterker – ten aanzien van roerende zaken zelfs het enige – recht omdat de eerste koopovereenkomst translatieve werking heeft. Toch kan de eigendomsoverdracht van een onroerende zaak pas aan een derde – onder wie een eventuele tweede koper – worden tegengeworpen na inschrijving in de registers. Het sterkste recht komt derhalve toe aan degene die zijn recht als eerst in de registers laat aantekenen, ongeacht wie de eerste koopovereenkomst heeft gesloten.

42 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1398.

43 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397.

44 Zie Snijders 1980, p. 190.

45 Ook W.H. Heemskerk signaleert in zijn noot onder Rb. Middelburg 18 augustus 1978, *NJ* 1979/591 een zekere neiging in de jurisprudentie om het oudste persoonlijke recht met betrekking tot een bepaalde zaak voor te laten gaan, maar tekent daarbij wel terecht aan dat de verkrijger van het latere recht van het bestaan van het oudste op de hoogte moet zijn geweest.

46 Zie Snijders 1980, p. 190, waar zonder vindplaats wordt verwezen naar rechtspraak 'volgens welke een latere koper jegens een eerdere onrechtmatig kan handelen door ten koste van deze levering af te dwingen, als hij bij het sluiten van zijn koopovereenkomst het recht van de eerdere koper kende'. Vgl. de in voetnoot 17 genoemde rechtspraak van de Hoge Raad.

Het is onmiskenbaar dat het recht behoefte heeft aan een materieel-rechtelijke regel om uit de vastgelopen situatie te geraken waarin meerdere schuldeisers conservatoir beslag hebben gelegd. Bij gebrek aan een betere regeling heeft de wetgever zijn keuze laten vallen op de prioriteitsregel vanwege zijn duidelijkheid. Dat het een pragmatische keuze betreft, kan reeds worden afgeleid uit het feit dat de wetgever ter motivering verwijst naar een kortgedingvonnis, waarin – zo merkt W.H. Heemskerk in zijn noot eronder terecht op –

‘niet de wetenschappelijke juistheid der voorlopige oordelen voorop [staat], maar de doelmatigheid van de te nemen ordemaatregel.’⁴⁷

De wetgever realiseert zich dat hij met deze regel geen dogmatische zuiverheid betracht. De wetbepaling bevat in de terminologie van de wetgever slechts een ‘vuistregel’ waarvan de rechter bovendien kan afwijken op grond van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁸

Duidelijkheidshalve moet worden opgemerkt dat deze regel uitsluitend toepassing krijgt indien de nakoming van elk van de met elkaar botsende rechten op levering door beslagen is geblokkeerd. Zodra eenmaal levering heeft plaatsgevonden – en derhalve een van de schuldeisers een eigendomsrecht op de zaak heeft verworven – kan aan art. 3:298 BW geen recht meer worden ontleend.⁴⁹ Voor die gevallen blijft de hierboven beschreven rechtspraak op de grondslag van onrechtmatige daad relevant.

De toepassing van art. 3:298 BW komt aan de orde in een executiegeschil tussen schuldeisers die beide nakoming vorderen en conservatoir beslag tot levering hebben gelegd. Een dergelijk geschil wordt beslecht in het voordeel van degene met het materieel sterkste recht, te weten de schuldeiser met het oudste recht op levering.⁵⁰ De afweging van de materiële rechten van de beslagleggers wordt in de praktijk vaak gemaakt door de voorzieningenrechter in een geschil op de voet van art. 736 Rv.⁵¹ Indien naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter voldoende aannemelijk is dat het recht op levering van de ene koper ouder – en derhalve op grond van art. 3:298 BW sterker – is, dan kan op de voet van art. 705 Rv het door de tweede koper

47 Zie de noot van W.H. Heemskerk onder Rb. Middelburg 18 augustus 1978, *NJ* 1979/591.

48 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397: ‘Meer dan een vuistregel kan dit evenwel niet zijn.’

49 Overigens behoudt art. 3:298 BW zijn toepassing indien in weerwil van een beslag geleverd is. Dit was aan de orde in het arrest HR 11 februari 1994, *NJ* 1994/651, m.nt. H.J. Snijders (*Van Kooten/Wilmink*) dat hierna uitgebreid aan de orde komt.

50 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 211, waar wordt opgemerkt dat de vraag wie materieel het sterkste recht heeft, moet worden beantwoord aan de hand van de bepalingen van het BW.

51 Het gaat doorgaans om een zogenaamd opheffingskortgeding ex art. 705 Rv.

gelegde beslag worden opgeheven.⁵² De eigendomsoverdracht aan de eerste koper kan daardoor plaatsvinden zonder dat de tweede koper een recht aan de zaak kan ontfangen.

Een voorlopige voorziening zoals het opheffen van een conservatoir beslag kan in de praktijk onherstelbare gevolgen hebben. In het kader van botsende rechten op levering ligt daardoor immers de weg open voor de definitieve eigendomsoverdracht aan een van beide kopers. Naar het oordeel van de Hoge Raad vormt die onherstelbaarheid geen beletsel om dergelijke voorlopige voorzieningen te treffen, mits het spoedeisend karakter aanwezig is en de gevraagde voorziening wordt gerechtvaardigd door de billijke afweging van de belangen van partijen.⁵³ De vraag rijst in hoeverre aan de rechtspositie van de tweede koper recht wordt gedaan indien uiteindelijk blijkt dat zijn recht tóch van eerdere datum was. Het vonnis van de voorzieningenrechter kan immers in hoger beroep dan wel in cassatie worden vernietigd. Bovendien kan de rechter in de bodemprocedure tot een andersluidend oordeel komen dan de voorzieningenrechter.

Indien de voorzieningenrechter bij constitutief⁵⁴ vonnis een beslag opheft en dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaart, dan resulteert dit vonnis in een nieuwe rechtstoestand van het goed.⁵⁵ Vanwege de uitvoerbaar bij voorraadverklaring heeft de eventuele instelling van hoger beroep geen schorsende werking. Dat betekent dat het beslag dus niet voorlopig onaangetast op het beslagen goed blijft rusten. Degene ten laste van wie het beslag is gelegd wordt volledig hersteld in zijn bevoegdheid om het goed te vervreemden of te bezwaren.⁵⁶ Indien vervolgens het vonnis in hoger beroep wordt vernietigd, dan:

52 Aan de hand van verklaringen die waren afgelegd tijdens een gehouden voorlopig getuigengehoor kwam het Hof Arnhem tijdens de behandeling in hoger beroep in de zaak Van Kooten/Wilmink, NJ 1994/651 tot een dergelijk oordeel. Overigens had de voorzieningenrechter geoordeeld dat alleen na diepgaand onderzoek kan worden vastgesteld wie het oudste recht heeft en dat voor zodanig onderzoek geen plaats is in kort geding.

53 Zie HR 8 februari 1946, NJ 1946/166. Deze overweging is door de Hoge Raad herhaald in HR 11 februari 1994, NJ 1994/651, m.nt. H.J. Sijnders (*Van Kooten/Wilmink*).

54 In dat geval heft de rechter het beslag op – hetgeen de Hoge Raad toestaat blijkens zijn arrest HR 18 oktober 1991, NJ 1992/4 (*Telegraaf/Ranzijn*) – in tegenstelling tot een condemnatoir vonnis waarin de beslaglegger wordt veroordeeld tot opheffing van het beslag.

55 In HR 20 januari 1995, NJ 1995/413, m.nt. H.E. Ras, r.o. 3.2 (*Smokehouse/Culimer*) is overwogen dat een constitutief vonnis uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Wordt het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard, dan ontstaat de nieuwe rechtstoestand eerst met het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis.

56 Uit deze bewoordingen die afkomstig zijn van de Hoge Raad uit zijn arrest HR 26 mei 2000, NJ 2001/388, m.nt. H.J. Sijnders (*Aruba/Boeije*) moet niet worden afgeleid dat een beslag leidt tot een beperking van de beschikkingsbevoegdheid. In HR 5 september 2008, NJ 2009/154, m.nt. A.I.M. van Mierlo, r.o. 3.2.2 (*Forward/Huber*) heeft de Hoge Raad immers expliciet overwogen dat beslag niet tot beschikkingsonbevoegdheid leidt van degene ten laste van wie het beslag is gelegd.

'herleeft [het beslag], met dien verstande dat wijzigingen in de rechtstoestand van het beslagen goed in de periode tussen opheffing en de vernietiging moeten worden geëerbiedigd.'⁵⁷

Het beslag herleeft door de vernietiging *ex nunc*. De rechten die derden in de tussentijd op het goed hebben verkregen, kunnen tegen de beslaglegger worden ingeroepen. Dat betekent dat de beslaglegger het eigendomsrecht van de koper aan wie is geleverd zal moeten respecteren. Aangezien het in tegenstelling tot in de zojuist aangehaalde arresten geen verhaalsbeslag, maar een leveringsbeslag betreft, is daarmee de verdere executie hiervan onmogelijk geworden. Het leveringsbeslag is immers gericht op het verkrijgen van de eigendom van een zaak, terwijl de andere koper zijn eigendomsrecht op die zaak aan de beslaglegger kan tegenwerpen.

De koper die meent dat zijn recht op levering toch sterker is dan dat van de koper aan wie inmiddels is geleverd, kan in een bodemprocedure tegen de andere koper doorlevering van de zaak vorderen. De rechtsgrond die aan deze overdracht ten grondslag ligt, wordt gevormd door art. 3:298 BW. Aangezien het een veroordeling tot doorlevering betreft – de reeds geëffectueerde overdracht aan de ene koper blijft immers intact – moeten de rechten die derden inmiddels op de zaak hebben verkregen worden gerespecteerd. Dat betekent dat indien de zaak voorafgaand aan de beslissing van de bodemrechter reeds aan een derde is vervreemd, de koper die in de bodemprocedure als winnaar uit de bus komt geen goederenrechtelijk recht meer op de zaak kan verkrijgen. De gedesillusioneerde koper is aangewezen op het instellen van een schadevergoedingsvordering ofwel jegens de verkoper wegens niet-nakoming van de koopovereenkomst, dan wel jegens de andere koper op de voet van de onrechtmatige daad.

De voorzieningenrechter zal bij zijn voorlopige oordeel de onherstelbare goederenrechtelijke gevolgen moeten betrekken. In het bijzonder wanneer hij een constitutief vonnis wijst en dat uitvoerbaar bij voorraad verklaart, zal hij zich rekenschap moeten geven van het feit dat zijn beslissing tot gevolg kan hebben dat de andere partij de zaak wellicht niet meer kan verkrijgen.⁵⁸ Dit zogenoemde restitutierisico kan ertoe leiden dat de opheffing van het beslag wordt geweigerd. Daarnaast zal voor de opheffing van het beslag door de voorzieningenrechter steeds spoedeisend belang aanwezig moeten zijn. Bij de dubbele verkoop van een woonhuis zal lang niet altijd sprake zijn van spoedeisend belang, zodat de kopers veelal naar de bodemrechter moeten worden verwezen. Gelet op de onherstelbare gevolgen voor de verliezer vindt het onderzoek voor zover dat nodig is om vast te stellen welke koper het oudste recht op levering heeft, bij voorkeur plaats in een bodemprocedure. Daar komt bij dat een voorzieningenrechter moet beslissen aan de hand

57 HR 23 februari 1996, NJ 1996/434, r.o. 3.3 (DKHB/KIVO).

58 Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de voorzieningenrechter steeds een belangenafweging moet maken. Zie HR 14 juni 1996, NJ 1997/481, m.nt. H.J. Snijders (De Ruijterij/MBO-Ruiters), HR 25 november 2005, NJ 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (RN/De Donge) en HR 30 juni 2006, NJ 2007/483, m.nt. H.J. Snijders (Bijl/Van Baalen).

van een beoordeling van wat door beide partijen naar voren is gebracht en summierlijk met bewijsmateriaal is onderbouwd,⁵⁹ terwijl in een bodemprocedure de formele bewijsregels van toepassing zijn.⁶⁰

De vraag naar de gevolgen van een door de bodemrechter andersluidende beslissing over de toepassing van art. 3:298 BW dan die van de voorzieningenrechter in kort geding, kwam aan de orde in het arrest Van Kooten/Wilmink.⁶¹ Deze zaak onderscheidt zich in die zin van het zojuist besproken geval van botsende rechten op levering dat in dit geval een dubbel verkocht huis in weerwil van een beslag van de eerste koper reeds aan de tweede koper was geleverd.⁶² De voorzieningenrechter had in de zaak van Van Kooten/Wilmink de tweede koper (Van Kooten) veroordeeld tot medewerking aan de eigendomsoverdracht aan de eerste koper (Wilmink). Van Kooten was dus gehouden om de zaak door te leveren aan Wilmink.⁶³ Aangezien tussen deze kopers geen overeenkomst was gesloten, wordt de rechtsgrond die aan deze overdracht ten grondslag ligt mede gevormd door de wettelijke regeling van art. 3:298 BW.⁶⁴ De hypothese opwerpende dat de bodemrechter uiteindelijk zou oordelen dat zijn recht op levering toch van eerdere datum was, stelde Van Kooten dat hij in dat geval ten gevolge van de beslissing van de voorzieningenrechter geen levering van het huis meer zou kunnen verkrijgen. Om die reden zou voor de opheffing van een beslag met alle onherstelbare gevolgen van dien in kort geding geen plaats zijn. De geldende leer is evenwel dat de rechter in kort geding een voorziening kan treffen – in dit geval de veroordeling tot medewerking aan de overdracht – waarvan de gevolgen in feite niet meer herstelbaar zijn.⁶⁵ Naar het oordeel van de Hoge Raad is bovendien onjuist dat Van Kooten als gevolg van het kortgedingvonnis de eigendom van de zaak definitief kwijt is. Indien in de bodemprocedure vast komt te staan dat zijn recht op levering toch ouder is, dan heeft:

‘de ingevolge [het] kort geding bewerkstelligde levering aan Wilmink door het wegvallen van de door [de voorzieningenrechter] aangenomen rechtsgrond [...] niet tot een geldige overdracht geleid [...]’⁶⁶

59 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 314 en 315, HR 14 juni 1996, NJ 1997/481, m.nt. H.J. Snijders (*De Ruijterij/MBO-Ruiters*) en HR 25 november 2005, NJ 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (*RN/De Donge*).

60 Zie Asser Procesrecht/ Asser 3 2017/25 en 26.

61 Zie HR 11 februari 1994, NJ 1994/651, m.nt. H.J. Snijders.

62 Het feit dat er twee conservatoire beslagen op de zaak rustten, brengt mee dat art. 3:298 BW toch van toepassing is na de levering. De levering kan immers ingevolge art. 734 jo. 505 lid 2 Rv niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen.

63 De aspecten met betrekking tot de betaling van de koopprijs laat ik buiten beschouwing.

64 Deze wettelijke bepaling leent zich daarvoor omdat deze tussen schuldeisers ‘in hun onderlinge verhouding’ van toepassing is. Kleijn, *JBN* 1994/49 meent echter dat de titel wordt gevormd door het kort gedingvonnis. Naast art. 3:298 BW maakt ook de koopovereenkomst tussen de verkoper en Wilmink deel uit van de titel die bij de doorlevering aan de overdracht ten grondslag ligt.

65 Zie hierboven voetnoot 53.

66 Zie HR 11 februari 1994, NJ 1994/651, r.o. 3.3.

De Hoge Raad geeft aldus uitdrukking aan het causale stelsel voor de overdracht. Door een andersluidende uitspraak van de bodemrechter is de titel aan de door de voorzieningenrechter bevolen overdracht aan Wil-mink komen te ontvallen. Ten gevolge van deze uitspraak kan art. 3:298 BW immers niet als titel fungeren voor deze overdracht.

Het feit dat geen geldige eigendomsoverdracht tot stand is gekomen, brengt mee dat de koper aan wie was geleverd niet bevoegd is geweest om over de zaak te beschikken. De rechten die deze koper in de tussentijd ten behoeve van derden heeft gevestigd zijn derhalve – behoudens de toepassing van de regels van derdenbescherming – niet geldig tot stand gekomen. Dat betekent dat indien Van Kooten in de bodemprocedure zijn gelijk haalt, hij met terugwerkende kracht de in beginsel onbezwaarde eigendom van de zaak verkrijgt.

Daarmee tekent zich een opvallend onderscheid af voor de positie van de koper die eerst in de bodemprocedure zijn gelijk haalt. Indien het beslag wordt opgeheven vóórdat de levering aan hem reeds had plaatsgevonden, dan zal hij de tussentijds gevestigde rechten moeten eerbiedigen en kan hij *de facto* nog slechts schadevergoeding vorderen. Indien daarentegen het beslag wordt opgeheven nádat de levering had plaatsgevonden, dan kan de koper die eerst in de bodemprocedure aan het langste eind trekt – zoals Van Kooten in het hierboven beschreven hypothetische geval – in goederenrechtelijk opzicht wel krijgen waar hij recht op heeft. Opgemerkt moet worden dat in het eerstgenoemde geval het beslag in de registers moet zijn aangetekend tussen het moment van het passeren van de notariële akte van levering en de inschrijving daarvan. De notaris zal immers bij het passeren van de leveringsakte erop toezien dat de zaak vrij van beslagen wordt geleverd.

Om de belangen van de – naar uiteindelijk blijkt – oorspronkelijk eerste koper en de belangen van derden ten behoeve van wie goederenrechtelijke rechten zijn gevestigd in balans te houden, dient bij de opheffing van het beslag voorafgaand aan de geëffectueerde levering door de voorzieningenrechter de nodige terughoudendheid te worden betracht.⁶⁷ Derdeverkrijgers zouden anders ten koste van de oorspronkelijk eerste koper profiteren van de onherstelbaarheid van de voorziening in kort geding. In de situatie waarin het beslag ná de levering wordt opgeheven en door de voorzieningenrechter de doorlevering wordt geboden, dienen derden rekening te houden met het feit dat aan deze doorlevering een onzekere titel ten grondslag ligt. De koper aan wie ingevolge het kortgedingvonnis wordt geleverd verkrijgt slechts een aantastbaar eigendomsrecht. Mocht als gevolg van het vonnis van de bodemrechter de titel daadwerkelijk aan de overdracht komen te ontvallen, dan zijn ook de door deze koper verrichte beschikkingen ten behoeve van derden – behoudens de eventuele toepasselijkheid van regels van derdenbescherming – niet rechtsgeldig tot stand gekomen.

67 Zo ook Van Schaick, *WPNR* 1994/6160.

De notariële tussenkomst bij deze doorlevering van een onroerende zaak heeft ingrijpende gevolgen voor de positie van derden zoals hypotheeknemers en derdeverkrijgers. De notaris is immers uit hoofde van zijn zorgplicht ertoe gehouden om in de akte van levering te vermelden dat de titel door de vervreemder wordt betwist.⁶⁸ Daarmee wordt een beroep van derden op de beschermingsregelingen van art. 3:88 en 3:36 BW de pas afgesneden.⁶⁹ Derden worden in dat geval namelijk gelet op het bepaalde in art. 3:23 BW niet meer te goeder trouw geacht en worden derhalve noch tegen de schijn van een rechtsgeldige titel op grond van art. 3:36 BW noch tegen de beschikkingsonbevoegdheid ex art. 3:88 BW beschermd. De onzekere titel heeft tot gevolg dat hypothecaire financiers zich terughoudend zullen opstellen bij het verstrekken van krediet. Indien de verkrijger daardoor de financiering niet rond krijgt, wordt de overdracht alsnog praktisch geblokkeerd. In dat geval zal de beslissing in de bodemprocedure moeten worden afgewacht.

9.2.3 Analoge toepassing van artikel 3:298 BW

De wetgever heeft in het kader van obligatoire rechten alleen in een materieelrechtelijke regel voorzien voor het specifieke conflict tussen rechten op levering van hetzelfde goed. Toch blijkt uit de wetstoelichting dat de toepassing van deze bepaling niet per definitie is beperkt tot het geval van botsende rechten op levering:

‘Het ligt voorts voor de hand dat soms analogische toepassing mogelijk zal zijn op andersoortige vorderingsrechten ten aanzien van één goed die bij samenlopende vervolging van het recht op nakoming met elkaar zouden botsen. Men denke aan een huis dat tweemaal verhuurd is.’⁷⁰

Naar het voorbeeld van de wetgever kan inderdaad als gevolg van een dubbele verhuur van een goed een soortgelijk conflict ontstaan. Het bestaan van een eerdere huurovereenkomst staat in beginsel niet aan de rechtsgeldige totstandkoming van een tweede overeenkomst in de weg. Zodoende kan het geval zich voordoen dat aan twee aspirant-huurders het huurgenot van een zaak is beloofd. Ieder kan dan op grond van zijn eigen overeenkomst van de verhuurder eisen dat de zaak aan hem in gebruik wordt verstrekt. Het recht van de huurder komt met het recht van de koper in die zin overeen dat de aard van de prestatie meebrengt dat die slechts éénmaal kan worden

68 Zie Melis/Waaijer 2012, p. 63. Een mogelijkheid is dat de levering plaatsvindt krachtens een verbintenis tot overdracht onder de ontbindende voorwaarde dat de bodemrechter tot een andersluidend oordeel komt. De verkrijger kan op grond van art. 3:84 lid 4 BW slechts onder diezelfde voorwaarde over zijn recht beschikken. Kredietverstrekkers zullen evenwel niet happig zijn op de verkrijging van een hypotheekrecht onder een dergelijke ontbindende voorwaarde.

69 Zie hierover H.J. Snijders in de nummers 7 en 8 van zijn annotatie onder HR 11 februari 1994, NJ 1994/651 alsmede Kleijn, JBN 1994/49.

70 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397.

nagekomen. Zoals bij een dubbele verkoop de zaak maar aan een van de kopers kan worden geleverd, kan bij een dubbele verhuur de zaak slechts aan een van de huurders in gebruik worden verstrekt. Het conflict tussen huurders kan derhalve evenzeer in een impasse uitmonden. Aangezien een huurovereenkomst niet tot levering verplicht maar tot terbeschikkingstelling van de verhuurde zaak, is art. 3:298 BW niet rechtstreeks van toepassing in de verhouding tussen huurders. Toch biedt de toepassing van de prioriteitsgedachte analoog aan art. 3:298 BW een pragmatische oplossing om de impasse te doorbreken.⁷¹

Een beduidend verschil tussen de gevallen van koop en huur is evenwel dat het vorderingsrecht van een koper in tegenstelling tot dat van een huurder ziet op de verkrijging van een goederenrechtelijk recht. De consequentie van de goederenrechtelijke verkrijging door een van beide kopers is dat het recht op levering van de andere koper waardeloos is geworden. De verkoper kan immers zijn verplichting om de zaak te leveren niet meer nakomen omdat hij niet langer bevoegd is om over die zaak te beschikken. Dat is anders in het geval waarin de dubbel verhuurde zaak aan een van beide huurders in gebruik is verstrekt. De verhuurder kan strikt genomen ook nadat hij aan zijn verplichting jegens de ene huurder heeft voldaan nog door de andere worden geconfronteerd met een vordering tot nakoming. Toch heeft de verhuurder zich door de zaak aan de ene huurder ter beschikking te stellen in de onmogelijkheid gebracht om zijn verbintenis jegens de andere huurder na te komen.⁷² Het strookt met de gedachtegang van een dubbele verkoop dat art. 3:298 BW ook in het geval van een dubbele verhuur is uitgewerkt zodra een van beide huurders de zaak eenmaal in gebruik heeft gekregen.⁷³ Het speelt daarbij geen rol of nakoming aan de eerste of tweede huurder heeft plaatsgevonden. Het is opmerkelijk dat voor het geval de tweede huurder het feitelijke huurgenot heeft gekregen in de parlementaire geschiedenis als nadere voorwaarde valt te lezen dat deze huurder dan wel te goeder trouw moet zijn geweest.⁷⁴ Ik meen evenwel dat art. 3:298 BW per definitie is uitgewerkt zodra de zaak eenmaal in gebruik is verstrekt, zelfs als dat is geschied ten behoeve van de tweede huurder te kwader trouw. Dat is bij een dubbele verkoop niet anders. Ook dan komt de eigendoms-overdracht definitief tot stand, ongeacht of de levering aan een koper te goeder trouw heeft plaatsgevonden. Uit de parlementaire toelichting volgt ook uitdrukkelijk dat de werking van deze bepaling beperkt dient te blijven tot gevallen waarin nog geen nakoming door de schuldenaar heeft plaatsgevon-

71 De analoge toepassing is in de rechtspraak bevestigd. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 25 november 1993, *NJ* 1994/677 en Hof Amsterdam 22 augustus 2011, *ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6835*.

72 Zie in deze zin Rb. Gouda (pres.) 11 november 1994, *KG* 1994/115 en Rb. Noord-Holland 14 april 2015, *ECLI:NL:RBNHO:2015:3795*.

73 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1082.

74 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1082. In dezelfde zin Hof Amsterdam 25 november 1993, *NJ* 1994/677 en Rb. Noord-Holland 14 april 2015, *ECLI:NL:RBNHO:2015:3795*.

den.⁷⁵ Als art. 3:298 BW toch van toepassing zou blijven nadat nakoming aan een huurder te kwader trouw heeft plaatsgehad, dan zou het artikel bij analoge toepassing een ruimere werking krijgen dan de situatie waarvoor het is geschreven. Een dergelijke ruime analoge toepassing van een vuistregel die uitsluitend is bedoeld om impasses te doorbreken, kan niet met argumenten worden ondersteund.

De kwade trouw van de tweede huurder kan overigens wel degelijk een rol spelen in de verhouding tussen beide huurders, maar niet binnen het leerstuk van art. 3:298 BW.⁷⁶ De eerste huurder staat een actie uit onrechtmatige daad ten dienste jegens de tweede huurder om alsnog het huurgenot te kunnen verkrijgen.⁷⁷ De schadevergoeding kan worden toegekend in natura, te weten de ontruiming van de zaak en medewerking aan de nakoming door de verhuurder aan de eerder gesloten huurovereenkomst. Voor de toewijzing van die onrechtmatige daadvordering zal in het bijzonder belang toekomen aan de vraag of de tweede huurder wist dat de zaak reeds aan een ander was verhuurd.

Voor de analoge toepassing van art. 3:298 BW blijkt dus niet relevant of de vorderingsrechten zijn gericht op de verkrijging van een goederenrechtelijk dan wel een obligatoir recht. Op grond van de parlementaire geschiedenis moet analoge toepassing namelijk mogelijk worden geacht indien het conflicterende vorderingsrechten betreft *ten aanzien van één goed*.⁷⁸ Welbeschouwd bestaat de behoefte aan een materieelrechtelijke regel voor ieder geval van botsende vorderingsrechten ter zake van een ondeelbare prestatie die slechts éénmaal kan worden nagekomen. Zo kunnen ook met elkaar onverenigbare koopopties of voorkeursrechten onder het toepassingsgebied van art. 3:298 BW worden geschaard. Daarbij moet worden opgemerkt dat het hier rechten op koop en niet rechten op levering betreft. Indien een dergelijk recht op koop op zijn beurt met een reeds bestaand recht op levering in conflict komt, dan kan de regel geen toepassing vinden.⁷⁹ Alleen conflicten tussen schuldeisers die een vorderingsrecht van gelijke aard met betrekking tot een goed vervolgen, kunnen onder de werking van art. 3:298 BW vallen.⁸⁰

75 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397: Wat [nadat de schuldenaar aan zijn verbintenis heeft voldaan] tussen beide gerechtigden onderling geldt, wordt in deze situatie ook niet langer door dit artikel bepaald, [...]’.

76 Ten onrechte baseert Hof Amsterdam 25 november 1993, *NJ* 1994/677 dan ook zijn oordeel dat de tweede huurder die de zaak te kwader trouw in gebruik heeft genomen, de zaak ten behoeve van een oudere huurder moet ontruimen op art. 3:298 BW.

77 Zie Hof Arnhem 17 november 1954, *NJ* 1955/229. Uiteraard heeft deze huurder ook een schadevergoedingsvordering uit hoofde van wanprestatie op de verhuurder. Zie Rb. Haarlem (pres.) 12 juli 1991, *KG* 1991/276.

78 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397.

79 Zie HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479, m.nt. S. Perrick (*Novitaris*). Zie reeds Kleijn 1985, p. 57, Kleijn, *WPNR* 1998/6319 en Rb. Arnhem 23 juni 1983, *NJ* 1985/617. De positie van de notaris in dezen komt in par. 9.5 aan de orde.

80 Ook denkbaar is dat de ene schuldeiser recht heeft op levering van een goed in onbezwaarde toestand en een ander op de vestiging van een beperkt recht.

In die gevallen kan als vuistregel worden gehanteerd dat het oudste recht voorgaat. Aangezien deze prioriteitstoepassing echter niet direct voortvloeit uit het systeem van de wet, verdient de tenzij-formule van art. 3:298 BW bijzondere aandacht. De rechter heeft de vrijheid om van de vuistregel af te wijken indien de toepassing van de prioriteitsregel tot een resultaat leidt dat niet met de eisen van redelijkheid en billijkheid in overeenstemming te brengen zou zijn.⁸¹ Nu voor de jonger obligatoir gerechtigde het eerdere contract ten behoeve van de oudere in de regel ook niet kenbaar is, dient onder verwijzing naar de concrete omstandigheden van het geval des te meer ruimte te zijn voor afwijking van de vuistregel.⁸² Van onverkorte toepassing van de prioriteitsregel is dan ook geen sprake.

9.3 OBLIGATOIRE RECHTEN MET EEN ZEKERE ABSOLUTE WERKING

9.3.1 Het recht van huur⁸³

Naar de definitiebepaling van art. 7:201 BW is huur de overeenkomst tussen verhuurder en huurder waarbij de verhuurder zich verbindt om een zaak in gebruik te verstrekken en de huurder zich verbindt tot een tegenprestatie. De huurder ontleent aan de huurovereenkomst een persoonlijk recht dat hij in beginsel uitsluitend tegen de verhuurder kan inroepen. Aangezien de huurder geen recht op de verhuurde zaak kan doen gelden – huur is immers geen goederenrechtelijk recht – hoeft een opvolgende verkrijger van de zaak de rechten van de huurder in de regel niet tegen zich te laten gelden. Toch dient een koper van een zaak op grond van het adagium ‘koop breekt geen huur’ – mits die koop wordt gevolgd door levering⁸⁴ – een reeds bestaande huurverhouding te eerbiedigen. De rechten en verplichtingen van de ver-

81 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1397. Opgemerkt wordt: ‘Meer dan een vuistregel kan dit evenwel niet zijn’.

82 Zie ook PG Inv. Boek 3 BW, p. 1082 waar wordt opgemerkt dat het in het bijzonder bij de huur van een woonruimte mogelijk moet zijn om rekening te houden met de omstandigheden van het geval.

83 Hoewel in deze paragraaf slechts het recht van huur aan bod komt, moet worden opgemerkt dat de pachter een soortgelijk recht heeft. Zie Asser/Snijders & Valk 7-III 2016/312 e.v. Voor de bespreking van het recht van pacht wordt volstaan met enkele verwijzingen in het hiernavolgende bij het recht van de huurder naar de relevante bepalingen over pacht.

84 Opgemerkt moet worden dat het adagium ‘koopt breekt geen huur’ enkele juridische onzuiverheden bevat. Zo wordt in de eerste plaats de huur niet gebroken door een verkoop van de zaak. Verkoop van de zaak – al dan niet gevolgd door levering – laat de huurovereenkomst tussen huurder en verhuurder onverlet. Daarnaast is het niet de koop, maar de vervreemding (de beschikkingshandeling, te weten de levering) die de huur ‘breekt’ omdat pas na levering de oorspronkelijke verhuurder niet meer aan zijn verplichting uit de huurovereenkomst kan voldoen. Overigens geldt hetzelfde indien een andere rechtsgrond dan koop aan de overdracht ten grondslag ligt, zoals ruil, schenking of legaat.

huurder gaan namelijk ingevolge het bepaalde in art. 7:226 BW⁸⁵ bij de overdracht van de zaak over op de verkrijger. Welbeschouwd verkrijgt het persoonlijke recht van de huurder aldus een zekere absolute werking omdat niet alleen de contractspartij, maar ook een verkrijger onder bijzondere titel aan de huurovereenkomst is gebonden.⁸⁶

Een regel met de strekking dat een vervreemding een bestaande huurverhouding al dan niet onverlet laat, verkondigt de confrontatie die van oudsher bestaat tussen de rechtspositie van een huurder en die van de rechtsopvolger van de verhuurder. Een uitkomst in dezen die thans op grond van art. 7:226 BW in het voordeel van de huurder uitvalt, kan niet worden herleid tot het Romeinse recht. Naar Romeins recht was de huurder slechts uitgerust met een *actio in personam* tegen de verhuurder.⁸⁷ De huurder had derhalve in beginsel slechts een schadevergoedingsvordering als de verhuurder niet meer aan zijn verplichting kon voldoen omdat de zaak in eigendom was overgegaan op een derde.⁸⁸

De rechtsgeschiedenis laat zien dat sinds de receptie van het Romeinse recht de huurder in zijn confrontatie met een koper lang niet altijd het onderspit heeft moeten delven. Zo werd de regel koop breekt huur reeds door de Glossatoren in die zin afgezwakt dat aan de hand van tekstinterpretaties de nodige uitzonderingen werden toegestaan.⁸⁹ Daarnaast is in het zeer verscheiden gewoonterecht veelvuldig een billijkheidsgedachte ten behoeve van de rechtspositie van de huurder waar te nemen.⁹⁰ Uiteindelijk

85 Zie voor de soortgelijke bepaling voor het recht van pacht art. 7:361 BW. De voorganger van deze bepaling (art. 34 Pw) is destijds opgesteld in lijn met het art. 1612 OBW. Ook voor de uitleg van art. 34 Pw is aangeknoopt bij de bepaling van de huurder. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30448, 3, p. 25.

86 Voor wat betreft de verkrijging onder algemene titel is de regeling overbodig omdat in dat geval de gehele overeenkomst met alle daarin gemaakte bedingen overgaat. De verkrijger onder algemene titel is gebonden aan persoonlijke verplichtingen van zijn rechtsvoorganger.

87 Uit een huurovereenkomst ontstaat voor de huurder de *actio conducti*, de actie die strekt tot verschaffing van het huurgenot of – indien dat niet wordt verleend – tot schadevergoeding. Zie D. 19,2,25.1 (Gaius) en D. 30,120,2 (Ulpianus).

88 In de literatuur wordt opgemerkt dat de praktijk waarschijnlijk een andere is geweest omdat bij de koop veelal werd bedongen dat de huurder zijn recht mocht voortzetten. Zie C. 4,65,9. Indien de koper dit beding niet nakwam, dan kon de huurder de verkoper aanspreken met de *actio conducti*, waarna de verkoper op zijn beurt de koper tot schadevergoeding aansprak wegens het niet naleven van het derdenbeding. Het is mogelijk dat de koper de huurder uit opportuniteitsoverwegingen dan maar respecteerde. Zie Kaser I (1971), p. 567, Nelissen, diss. 1880, p. 74, Schrage 1984, p. 18 en Westrik, diss. 2001, p. 197-199.

89 Zie Nelissen, diss. 1880, p. 120-122. Bescherming van de huurder werd gezocht in de uitvoerig becommentarieerde tekst C. 4,65,9.

90 Zie voor voorbeelden met betrekking tot de verscheidenheid in de Nederlandse gewesten zeer uitvoerig Nelissen, diss. 1880, p. 192 e.v. en Cerutti 1972, p. 50-53. Zie ook Schrage 1984, p. 24 en Westrik, diss. 2001, p. 216. Ik volsta met het vermelden van het in Holland geldende recht bij De Groot III,19,16, inhoudende dat koop de huur *niet* breekt. Vgl. Groenewegen, p. 542 die bij C. 4,65,9 opmerkt dat in Holland van het Romeinsrechtelijke uitgangspunt 'koop breekt huur' werd afgeweken.

is de balans in het voordeel van de huurder doorgeslagen.⁹¹ Ten tijde van de invoering van de eerste wetboeken in continentaal Europa was ‘koop breekt geen huur’ tot het heersende beginsel verheven. Zo werd in Frankrijk in de Code civil van 1804 de regel opgenomen dat de huurder in beginsel niet uit de gehuurde zaak kon worden gezet door de koper.⁹² Art. 1743 Cc luidt – vertaald naar het Nederlands – als volgt:

‘Indien de verhuurder het verhuurde goed verkoopt, kan de pachter of de huurder, die een authentieke huur of een huur met vaste dagtekening heeft, niet uit het gehuurde gezet worden door de koper, tenzij de verhuurder zich dit recht bij het huurcontract heeft voorbehouden.’

Overigens heerste in Frankrijk tot het einde van de 18e eeuw het tegenovergestelde uitgangspunt.⁹³ Het keerpunt kwam toen in 1791 een uitzondering werd gecreëerd die strekte tot bescherming van huurders van landbouwgronden voor een termijn van ten hoogste zes jaar.⁹⁴ Deze uitzondering werd destijds ingevoerd enerzijds als billijkheidsmaatregel jegens de huurder en anderzijds ten behoeve van het algemeen belang.⁹⁵ Dat belang was erin gelegen dat landbouwgronden verhuurd konden worden en dat huurders daarenboven bereid zouden zijn om de gronden te onderhouden. Het risico om van de grond verwijderd te worden (waarna hoogstens een schadevergoedingsvordering op de verhuurder overbleef) zou funest zijn voor de bereidheid om gronden te huren in het algemeen en het maken van onderhoudskosten in het bijzonder. Deze uitzondering op de regel ‘koop breekt huur’ is uiteindelijk in gegeneraliseerde vorm in art. 1743 Cc terecht gekomen.⁹⁶ Ook huurders van andere onroerende zaken dan landbouwgronden – bijvoorbeeld die van huizen – kunnen sindsdien bescherming ontleen aan deze uitzondering en ongeacht de termijn waarvoor de huurovereenkomst is aangegaan.⁹⁷

De codificatieontwikkeling ging gepaard met de systematisering van rechtsregels waarbij een onderscheid werd gemaakt tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht. Het eigendomsrecht werd ondergebracht in het goederenrecht, terwijl het recht van de huurder – overigens niet zon-

91 Ook in het inheemse recht zijn diverse bepalingen te vinden waarin men de onbillijkheid van de strenge toepassing van ‘koop breekt huur’ heeft gepoogd weg te nemen. Zie Nelissen, diss. 1880, p. 179-183.

92 Zie – nog steeds – art. 1743 Cc en hierover Asser-Abas 5-II (1997), nr. 88. Vereist was overigens wel dat de huurder een ‘authentieke huur of een huur met vaste dagtekening’ heeft (*un bail authentique ou dont la date est certaine*).

93 Zie Aubry & Rau IV, nr. 369, voetnoot 30.

94 Zie Titre I, section II, art. 2 Décret du 28 septembre au 6 octobre 1791 concernant les biens et usages et la police rurale.

95 Locré XIV, p. 347 en hierover Nelissen, diss. 1880, p. 231-233.

96 Zie Locré XIV, p. 286.

97 Zie voor de beraadslagingen bij art. 1743 Cc Locré XIV, p. 411 en 458-459.

der ter discussie te hebben gestaan⁹⁸ – een plaats kreeg in het verbintenisrecht. De wetsystematiek maakt de codificatie van de regel ‘koop breekt geen huur’ noodzakelijk indien men de huurder zijn recht tegen opvolgende verkrijgers wil kunnen laten invoeren.

Nadat de Code civil in Nederland vanaf 1811 van kracht was geweest, werd uiteindelijk in het Burgerlijk Wetboek van 1838 een met art. 1743 Cc gelijkstreckende bepaling opgenomen.⁹⁹ Het eerste lid van art. 1612 OBW luidde als volgt:

‘Door verkoop van het verhuurde wordt eene te voren aangegane huur niet verbroken, ten ware dit bij de verhuring mogt voorbehouden zijn.’

In navolging van de Code civil heeft de Nederlandse wetgever hetzelfde beginsel tot uitgangspunt genomen. Toch laat art. 1612 OBW zich niet onmiskenbaar tot de Code civil herleiden. Aanvankelijk was namelijk beoogd om met het Burgerlijk Wetboek van 1830 – dat in werking zou zijn getreden als niet de Belgische opstand¹⁰⁰ voor opschorting had gezorgd – een bepaling in te voeren die nagenoeg woordelijk overeenkwam met art. 1743 Cc.¹⁰¹ Toen dit wetboek werd herzien leek echter te zijn teruggegrepen op Kempers ontwerp van 1820 dat meer op de leest van het Rooms-Hollandse recht was geschoeid.¹⁰² Art. 2605 van dit ontwerp bepaalde dat:

‘Vrijwillige vervreemding door den verhuurder gedaan, of uitgifte in erfpacht of vruchtgebruik [...], wanneer zulks niet tusschen den huurder en verhuurder is bedongen geweest, de huur en verhuring geenszins te niet [doet] gaan, [...]’¹⁰³

Zowel het BW van 1838 als het Ontwerp van 1820 pakte derhalve de zwakke positie van de huurder aan door te bepalen dat ingeval van vervreemding van de zaak de bestaande huurverhouding in stand blijft.¹⁰⁴ Daarmee is afgestapt van de Franse formulering dat de huurder ‘niet uit het gehuurde gezet kan worden’. De wijzigingen die door de wetgever van het wetboek van 1838 zijn doorgevoerd zijn echter uitsluitend van redactionele aard. Aangenomen kan worden dat deze zijn toe te schrijven aan de zucht om te komen tot een oorspronkelijk Nederlands wetboek. De betekenis van

98 Zo verkondigde in Frankrijk de gezaghebbende auteur Troplong dat huur als goederenrechtelijk recht kwalificeerde. Zie voor de argumentatie hierbij Schrage 1984, p. 9. Zie voor de in Nederland gevoerde discussie Asser-Abas 5-II (1997), nr. 15.

99 Zowel de eerste codificatiepogingen – het ontwerp van de Commissie van Twaalf, voortgezet door Van der Linden – als het speciaal voor het Koninkrijk Holland ingerichte Wetboek Napoleon bevatte de regel ‘koop breekt geen huur’. Zie de verscheiden ontwerp-wetteksten in overzicht weergegeven bij Cerutti 1972, p. 91.

100 Zie over de staatsrechtelijke gang van zaken in Nederland in deze periode par. 4.1.

101 Het betreffende art. 1631 van het Wetboek 1830 zou in 1831 in werking treden.

102 Aldus Nelissen, diss. 1880, p. 256 en genuanceerder ook Cerutti 1972, p. 58.

103 Opgenomen bij De Bosch Kemper 1864, p. 279.

104 Opvallend is overigens wel dat in Kempers artikel terecht de terminologie vervreemding in plaats van verkoop door de verhuurder wordt gehanteerd.

het artikel valt geheel samen met zijn Franse voorganger.¹⁰⁵ Men heeft zelfs ten opzichte van de Code civil een verdere versoepeling doorgevoerd door het vormvereiste voor de huurovereenkomst los te laten.¹⁰⁶ Waar de Franse wet om frauduleus handelen tegen te gaan een authentiek huurcontract of een contract met vaste dagtekening vereiste,¹⁰⁷ kon naar Nederlands recht de bestaande huurovereenkomst worden aangetoond volgens de gewone bewijsregels.¹⁰⁸ Hoewel de afwijking van het Franse recht inhoudelijk dus slechts van geringe betekenis is, heeft de Hoge Raad in het begin van de twintigste eeuw art. 1612 OBW steeds uitgelegd naar het Rooms-Hollandse recht.¹⁰⁹

Wat van de precieze herkomst van art. 1612 OBW ook zij, in de beraadslagingen is onbetwist gebleven dat in het belangenconflict tussen de huurder en de rechtsopvolger van de verhuurder de huurder prevaleert. Voor de ratio van de regel van art. 1612 OBW speelt de herkomst geen rol van betekenis, omdat naar zowel Frans als Rooms-Hollandse recht de regel is ingegeven door redenen van billijkheid.¹¹⁰ Kennelijk was het uitgangspunt ‘koop breekt geen huur’ dusdanig diepgeworteld dat boven alle twijfel was verheven dat deze billijkheidsmaatregel in de nieuwe wetgeving behouden diende te blijven.¹¹¹

De aandacht ging slechts uit naar de vraag of de huurder niet alleen werd beschermd bij vrijwillige vervreemding door de verhuurder, maar ook bij een hypothecaire executie.¹¹² Daarmee wordt de toepasselijkheid van de regel ‘koop breekt geen huur’ besproken in de confrontatie tussen de huurder en een schuldeiser van de verhuurder. Met oog op de belangen van de huurder achtte de wetgever het verbreken van de huur ook in het geval van een executieverkoop onwenselijk, omdat anders

‘iedere huurder, die een perceel voor een zeker tijdvak heeft gehuurd, elk oogenblik gevaar [zoude] lopen hetzelfde te moeten ruimen en nimmer zeker zoude zijn, of hij, niettegenstaande zijne gesloten overeenkomst, niet spoedig tot verhuizing en het zoeken eener andere woning zoude worden genoodzaakt.’¹¹³

105 Ook Nelissen, diss. 1880, p. 261 concludeert dat men slechts de vorm van de bepaling wilde veranderen, niet haar inhoud.

106 Zie Asser 1838, p. 529.

107 Zie Locré XIV, p. 346.

108 Zie Asser 1838, p. 529.

109 Zie HR 19 april 1918, NJ 1918, 569 en – uitdrukkelijk – HR 8 december 1922, NJ 1923, 149. Cerutti 1972, p. 58 merkt op dat de Hoge Raad zich ongetwijfeld heeft laten leiden door het proefschrift van Nelissen. Het feit dat Nelissen van 1911 tot 1921 raadsheer in de Hoge Raad is geweest, vormt een reden om dit vermoeden bijval geven.

110 Zie hierover het onderzoek van Nelissen, diss. 1880, p. 192 e.v. over het Oudvaderlandse recht.

111 Zie Nelissen, diss. 1880, p. 267.

112 Vgl. op dit punt artikel 2605 van het Ontwerp van 1820, waarin uitdrukkelijk alleen het geval van vrijwillige vervreemding was geregeld.

113 Zie *Handelingen II* 1833/34, Bijlagen, p. 25.

De wetgever maakte derhalve geen onderscheid tussen een vrijwillige verkoop en een executieverkoop.¹¹⁴ Evenmin maakte de wetgever onderscheid, zo volgt impliciet uit de geciteerde overweging, tussen huurders die de huurovereenkomst zijn aangegaan voor of na de vestiging van het hypotheekrecht.¹¹⁵ Deze kwestie moet in de context van de introductie van het huurbeding worden geplaatst. Het feit dat de executiekoper het recht van de huurder moet respecteren – ook als de huurder zijn recht na de vestiging van de hypotheek heeft verkregen – tast de waarborg van de hypotheekhouder aan. Een zaak brengt in verhuurde staat immers minder op bij een executie. Het gevolg zou zijn dat hypothecair kredietverstrekkers nog slechts bereid zijn de waarde van de zaak in verhuurde staat te financieren. De wetgever heeft dit onder ogen gezien en ten behoeve van de hypotheekhouder een ‘doelmatige voorziening’ voorgedragen.¹¹⁶ Met het nieuwe art. 1230 OBW verkreeg een hypotheekhouder namelijk de mogelijkheid om zich in te dekken tegen een waardevermindering van de verhypothekerde zaak als gevolg van een latere verhuur.¹¹⁷ Ter gelegenheid van de vestiging van de hypotheek dient de hypotheekhouder dan te bedingen dat de hypotheekgever niet bevoegd is om zonder toestemming van de hypotheekhouder de bezwaarde zaak te verhuren. De wet bepaalt dat een dergelijk beding ook tegen de huurder kan worden ingeroepen.¹¹⁸ Met het opnemen van deze clausule – die sindsdien is uitgegroeid tot een standaardbeding in hypotheekakten¹¹⁹ – kan een hypotheekhouder voorkomen dat een later gesloten huurovereenkomst dient te worden gerespecteerd (door een executiekoper). Tevens snijdt het huurbeding een frauduleus handelende hypotheekgever de pas af, wanneer hij bijvoorbeeld poogt de hypotheekhouder opzettelijk te benadelen door de zaak te verhuren en daarenboven de huurpenningen vooruit te genieten.¹²⁰

Bij de invoering van het nieuwe BW – titel 4.7 over huur is op 1 augustus 2003 in werking getreden¹²¹ – is in art. 7:226 BW de opvolger van art. 1612 OBW opgenomen.¹²² In de toelichting op het Ontwerp Meijers dat wat betreft de titel over huur is opgesteld door Ph.A.N. Houwing, wordt opgemerkt dat het adagium ‘koop breekt geen huur’ niet meer is weg te denken

114 Zie Voorduin V, p. 222.

115 Zulks ten onrechte naar de opvatting van Westrik. De auteur betoogt dat de regel toepassing mist in de situatie huur-na-hypotheek. Zie Westrik, diss. 2001, p. 305.

116 Zie de afweging van de wetgever bij Voorduin V, p. 228.

117 In het tweede lid van dit artikel is het pachtbeding opgenomen. Vgl. het huidige art. 3:264 BW waarin het recht van huur en pacht gezamenlijk worden genoemd.

118 Blijkens art. 3:264 lid 1 BW kan het huurbeding tevens worden ingeroepen tegen latere verkrijgers van de bezwaarde zaak alsmede tegen degenen aan wie het recht op huurpenningen is vervreemd of verpand.

119 Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/366.

120 Zie de parlementaire beraadslagingen over dit punt *Handelingen II* 1833/34, Bijlagen, p. 18.

121 Wet van 21 november 2002, *Stb.* 2002, 587.

122 Art. 1612 OBW is onder het regime van het NBW tot de invoering van art. 7:226 BW ondergebracht geweest in boek 7A.

uit onze wetgeving en dat het ontwerp het volledig overneemt.¹²³ De wijzigingen ten aanzien van art. 1612 OBW bestaan uitsluitend in technische verduidelijkingen hetgeen grofweg een codificatie betreft van rechtspraak van de Hoge Raad.¹²⁴ Ook met betrekking tot de vestiging van een recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal is het recht van de huurder gewaarborgd omdat de beperkt gerechtigden eveneens aan de huurovereenkomst zijn gebonden.¹²⁵ In de parlementaire behandeling is de aandacht gericht op de weerlegging van kritiek die in de literatuur naar voren was gekomen.¹²⁶ Daarin werd onder meer in discussie gebracht of art. 7:226 BW – zoals in het tweede lid uitdrukkelijk tot uitdrukking is gebracht – ook van toepassing is in de situatie waarin een huurovereenkomst na de hypotheek tot stand is gekomen. De wetgever merkt op dat indien men deze vraag ontkennend zou beantwoorden – en men met Westrik zou aannemen dat de bescherming van de huurder aan de toepassing van de prioriteitsregel moet worden gekoppeld –

‘men niet voldoende aan de gerechtvaardigde belangen van de huurder tegemoet komt.’¹²⁷

Daarmee wordt duidelijk dat de wetgever niet poogt het bepaalde in art. 7:226 BW bij wijze van uitzondering in het systeem van het goederenrecht in te passen. De regel is niet gericht op de ouderdom van het huurrecht in verhouding tot andere rechten, maar de regel bepaalt dat het verhuurderschap nou eenmaal op een verkrijger overgaat. Uitdrukkelijk wordt bevestigd dat aan deze bepaling de opvatting ten grondslag ligt dat tegemoetgekomen moet worden aan de gerechtvaardigde belangen van huurders. Hoewel een aan het huurrecht anterior hypotheekrecht in theorie kenbaar moet worden geacht aan een huurder – al moet worden opgemerkt dat in de praktijk een huurder doorgaans de registers niet zal naslaan alvorens hij de huurovereenkomst aangaat – wordt het recht van de huurder niettemin beschermd.

Aan een onjuiste lezing van art. 7:226 BW is de opvatting ontsproten dat de toepasselijkheid van de regel in de situatie huur-na-hypotheek zich op dezelfde voet uitstrekt tot de situatie huur-na-beperkt genotsrecht.¹²⁸ Op de gedachte dat het niet uitmaakt of de hypotheek is gevestigd voor of na de verhuur wordt aldus voortgeborduurd dat het recht van de huurder dan ook jegens beperkt gerechtigden is gewaarborgd ongeacht het tijdstip waar-

123 Zie PG Huurrecht, p. 368.

124 Zie PG Huurrecht, p. 372, waar wordt volstaan met een verwijzing naar de toelichting van Houwing op het ontwerp, p. 368-371.

125 In PG Huurrecht, p. 377 wordt opgemerkt dat deze uitbreiding wenselijk is omdat de hoofdgerechtigde na de vestiging van de onderhavige genotsrechten niet meer in de positie is om aan de huurder het hem toekomende gebruik te verschaffen.

126 Met name de artikelen van Asbreuk-van Os, *WPNR* 2000/6386 en Westrik, *WPNR* 2000/6395 worden van repliek gediend, zie PG Huurrecht, p. 375-381.

127 Zie PG Huurrecht, p. 377.

128 Zie Westrik, diss. 2001, p. 183 en Asbreuk-van Os, *WPNR* 2000/6386, p. 32.

op hun rechten zijn gevestigd. Men komt tot deze gevolgtrekking door in art. 7:226 lid 1 BW een algemene bescherming van de huurder te lezen tegen de beperkte rechten van vruchtgebruik, erfpacht en opstal. Dat zou betekenen dat beperkte rechten kunnen worden aangetast door een huurrecht dat de bloot eigenaar na het ontstaan van de beperkte rechten verleent.¹²⁹ De wijze waarop art. 7:226 lid 2 BW is geredigeerd maakt duidelijk dat deze zienswijze op een misvatting berust.¹³⁰ De bescherming tegen een verkoop door een hypotheekhouder wiens recht ouder is dan dat van de huurder wordt namelijk gerealiseerd door de overdracht door een schuldeiser van de verhuurder met de overdracht door de verhuurder gelijk te stellen. De wet past het adagium 'koopt breekt geen huur' toe op het moment van de overdracht. Het speelt dus geen rol of het hypotheekrecht van de schuldeiser die overgaat tot parate executie eerder of later dan het recht van de huurder is ontstaan.

Art. 7:226 BW moet aldus worden begrepen dat bij de vestiging van een beperkt recht op de zaak evenals bij de overdracht van de zaak, een bestaande huurverhouding moet worden gerespecteerd. Het onderscheid dat in de confrontatie tussen een hypotheekhouder en een huurder wordt uitgedrukt in huur-na-hypotheek respectievelijk hypotheek-na-huur kan niet op de confrontatie tussen een beperkt genotsgerechtigde en een huurder worden geprojecteerd. De rechten van de hypotheekhouder en de huurder komen pas bij de executieverkoop met elkaar in conflict, terwijl de rechten van vruchtgebruik, erfpacht en opstal in beginsel meteen worden uitgeoefend. Vanuit het perspectief van een huurder kan de vestiging van een hypotheek niet met de vestiging van een beperkt genotsrecht op één lijn worden gesteld. Een huurder kan zich jegens een hypotheekhouder – afgezien van de werking van een eventueel huurbeding – ten tijde van de executie op art. 7:226 BW beroepen, terwijl hij zulks jegens beperkt genotsgerechtigden op het moment van de vestiging van het genotsrecht kan doen. Dat impliceert dat een huurder de beperkte rechten die voor de huurovereenkomst zijn gevestigd moet respecteren.¹³¹ Door de redactie van het adagium blijft de hypotheekhouder ertoe genoodzaakt een huurbeding in de hypotheekakte op te nemen. Andere beperkt gerechtigden hebben van latere huurders niets te vrezen omdat alleen bij de vervreemding of bezwaring van de zaak de vraag naar de eerbiediging van het recht van de huurder aan de orde is.

129 De geldige totstandkoming van de huur wordt niet verhinderd door het feit dat de zaak al met een beperkt recht is bezwaard en evenmin door de omstandigheid dat de verhuurder zijn prestatie niet kan verrichten. Zie Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/20.

130 De oplossing die de minister zoekt in het argument dat de eigenaar van de zaak niet meer in de positie is om als verhuurder de zaak in gebruik te geven nadat hij de zaak heeft bezwaard met een beperkt genotsrecht, overtuigt niet. Zie PG Huurrecht, p. 384.

131 Zie de opmerking van de wetgever bij art. 7:227 BW, PG Huurrecht, p. 380.

Een uitweiding over de toepassing en werking van het huurbeding blijft op deze plaats achterwege.¹³² Voor dit onderzoek wordt volstaan met het duiden van het recht van de huurder binnen het toepassingsterrein van de prioriteitsregel. De conclusie luidt dat het recht van de huurder op geen enkele wijze onder de toepassing van de prioriteitsregel kan worden gebracht. Het recht van de huurder heeft weliswaar een zekere absolute werking omdat dit recht ook tegen rechtsopvolgers van de verhuurder kan worden ingeroepen, maar in een rangordeconflict zijn de tijdstippen waarop de betreffende rechten zijn ontstaan niet relevant. Ten opzichte van een hypotheekhouder wordt de huurder beschermd ongeacht of zijn recht voor of na de hypotheek tot stand is gekomen. Deze bescherming moet in politiek-maatschappelijke context worden gezien. Enerzijds dient de verhuur van een verhypothekerde zaak niet te worden uitgesloten omdat de te ontvangen huurpenningen de solvabiliteit van de hypotheekgever versterken. Anderzijds moet worden vermeden dat de bereidheid van kredietverstrekkers om onroerend goed te financieren wordt beperkt tot de waarde van de zaak in verhuurde staat. Het resultaat is derhalve dat een huurder wordt beschermd ongeacht het tijdstip waarop de hypotheek is gevestigd, maar dat anterieure hypotheekhouders met het huurbeding de ruim geformuleerde bescherming kunnen corrigeren.¹³³

Een andere opvatting is om het recht van de huurder als goederenrechtelijk recht te duiden. In dat geval zou de prioriteitsregel bepalen dat het recht van de huurder achterstaat bij een eerder gevestigd hypotheekrecht.¹³⁴ Dat is nu juist niet wat de wetgever met de regel van art. 7:226 BW heeft beoogd. Het betreft een regeling die aan het specifieke recht van de huurder een bijzondere bescherming toekent. Als gevolg van deze beschermingsregel ontstaat het recht van de huurder de status van zuiver obligatoir recht doch wordt evenmin verheven tot goederenrechtelijk recht. Het is een recht met een eigen karakter dat zich niet tot het goederen- of verbintenissenrecht laat categoriseren.

132 Ik verwijs hiervoor naar Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/366 e.v., Westrik, diss. 2001, p. 159 e.v. en Huijgen 2016/15. De schadevergoedingsvordering van de huurder wiens recht verloren gaat, neemt op grond van art. 3:264 lid 7 BW rang in overeenkomstig de prioriteitsregel. Zie hierover par. 8.6.2. Vgl. in dat kader hetgeen aldaar ter zake van art. 3:282 BW wordt opgemerkt.

133 Toegegeven moet worden dat door deze correctie de huurders weer in een zwakkere positie komen te staan, maar aan de oproeping van het huurbeding zijn ten behoeve van de huurder de nodige formaliteiten verbonden. Zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/369 en 373. Bovendien kan oproeping op grond van art. 3:264 lid 2 BW eerst geschieden nadat de executie is aangezegd. Zolang dat niet is geschied, ondervindt de huurder geen nadeel van een anterieur gevestigd hypotheekrecht.

134 Deze opvatting wordt bepleit door Westrik, diss. 2001, p. 305, die de regel koop breekt geen huur niet van toepassing acht op een huurverhouding die na de hypotheek is ontstaan. In zijn visie is het huurbeding dientengevolge overbodig. Zie de reacties van de minister, *Kamerstukken II* 2001/02, 26089, 20, p. 2-4 en in de literatuur de reacties van Huijgen, *NTBR* 2002/5, Stein, *WPNR* 2001/6460 en Gerver, *RMThemis* 2005, p. 120.

Deze wettelijke uitzondering op het systeem – dus niet vanwege het feit dat een obligatoir recht goederenrechtelijke trekken krijgt, maar omdat een obligatoir recht zonder wetsystematische grondslag standhoudt tegenover bepaalde derden – is ingegeven door redenen van billijkheid.¹³⁵ Het huurbeding – dat is geworteld in de historie van de regel ‘koop breekt geen huur’ – vormt op zijn beurt een correctiemogelijkheid op die wettelijke uitzondering.

9.3.2 De Vormerkung

Naar het Nederlandse stelsel van overdracht gaat de eigendom van een onroerende zaak pas over op een koper nadat ter uitvoering van de koopovereenkomst is geleverd. Een consequentie hiervan is dat de koper in de periode tussen de koop en levering blootstaat aan diverse gevaren. Men kan hierbij denken aan de levering van de zaak aan een andere koper, de vestiging van een beperkt recht op de zaak, een beslag op de verkochte zaak of een faillissement van de verkoper. Om de koper van een registergoed tegen dergelijke voorvallen te beschermen schept art. 7:3 BW de mogelijkheid om de koopovereenkomst in te schrijven in de openbare registers.¹³⁶ Het effect van deze inschrijving is dat de koper gedurende zes maanden niets van deze gevaren – opgesomd in art. 7:3 lid 3 BW – te vrezen heeft.

Deze rechtsfiguur die men naar Duits voorbeeld¹³⁷ pleegt uit te drukken met de term *Vormerkung*, is op 1 september 2003 in de wet geïntroduceerd.¹³⁸ Het idee om het recht op levering van een koper van een onroerende zaak door middel van registratie te beschermen is oorspronkelijk afkomstig van Van Velten die zich in zijn proefschrift in 1982 liet inspireren door onder meer het systeem van onroerend goed van Engeland en Wales alsmede dat

135 De wetgever duidt het bepaalde in art. 7:226 BW als principiële regel. Zie PG Huurrecht, p. 373.

136 Art. 7:3 BW dient te worden beschouwd als een bijzondere bepaling als bedoeld in art. 3:17 lid 2 BW op grond waarvan de koopovereenkomst inschrijfbaar is.

137 Overigens bestaan er beduidende verschillen tussen de Duitse en Nederlandse Vormerkung. Ik volsta met het noemen de volgende. Anders dan naar Duits recht is de Nederlandse Vormerkung niet accessoir aan het recht van de koper en zijn toekomstige rechten op levering niet inschrijfbaar. Bovendien moet men beseffen dat naar Duits recht de koop van een onroerende zaak bij de notaris tot stand komt, zie § 925 BGB. Het risico dat nietige dan wel vernietigbare contracten in de registers belanden, is daardoor aanmerkelijk kleiner. Zie hierover Huijgen, *WPNR* 2007/6726, p. 847.

138 Als onderdeel van de Wet van 5 juni 2003 tot aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake de koop van onroerende zaken alsmede vaststelling en invoering van titel 7.12 (Aanneming van werk), *Stb.* 2003, 238.

van Duitsland.¹³⁹ Regeringscommissaris W. Snijders had echter enkele jaren daarvoor de invoering van de *Vormerkung* nog bestreden.¹⁴⁰

Bij de invoering van het nieuwe vermogensrecht in 1992 is de *Vormerkung* niet opgenomen. De wetgever zag onvoldoende reden om het beginsel van gelijkheid van schuldeisers geweld aan te doen.¹⁴¹ Het gevolg van de inschrijving in de openbare registers zou immers zijn dat een koper zijn recht op levering aan andere schuldeisers van de verkoper kan tegenwerpen. Hiermee zou hij in een gunstigere positie komen te staan, terwijl zijn recht op basis van het beginsel van de *paritas creditorum* – behoudens de toepassing van art. 3:298 BW – aan dat van de anderen gelijkstaat. Toch heeft de wetgever kort na de invoering van het BW een wetsvoorstel ingediend dat wel de *Vormerkung* bevatte.¹⁴² De bijzondere bescherming van het recht van de koper achtte de wetgever niettemin gerechtvaardigd

‘gelet op de – niet alleen in financieel opzicht – veelal grote betekenis voor de koper van de koop van een registergoed. Men denke bij voorbeeld aan de consument die in een (wellicht krappe) markt erin is geslaagd, een hem passende woning te kopen teneinde te kunnen voorzien in zijn eigen behoefte aan woonruimte. Ook kan worden gedacht aan de koper die reeds op de afwikkeling van de koop is vooruitgelopen, bij voorbeeld door omtrent de onroerende zaak te contracteren met derden (aanneming van werk, huur etc.).’¹⁴³

Hieruit volgt dat in het bijzonder de grote belangen die voor de koper met de daadwerkelijke nakoming van zijn recht gemoeid kunnen zijn, voor de wetgever reden is geweest om de *Vormerkung* in te voeren. De wetgever wijst erop dat de bescherming tevens op haar plaats is,

‘omdat met het vervullen van de vereisten voor levering van een registergoed in de praktijk niet zelden enige maanden gemoeid zijn. De kans dat zich gedurende deze periode derden aandienen met aanspraken op het registergoed die gaan boven die van de koper, is bepaald niet denkbeeldig.’¹⁴⁴

139 Zie Van Velten, diss. 1982, p. 189-208 en 227. Van Velten kreeg bijval van onder meer Kleijn 1985, p. 58, Schoordijk, *NJB* 1983, p. 968 en Santen, *WPNR* 1985/5752, p. 590.

140 Zie Snijders 1980, p. 188 en 189, weerlegd door Van Velten, diss. 1982, p. 237 en 238. Ook Bloembergen, *WPNR* 1983/5638 toonde zich kritisch. Zie ook De Boer, *NJB* 1993, p. 1244 en Huijgen 1997, p. 22.

141 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1080, waar wordt opgemerkt dat een doorbreking van het beginsel alleen gerechtvaardigd is als er klemmende redenen zijn om de belangen van de koper te beschermen. Zodanige redenen werden niet aanwezig geacht. Daarnaast zou de *Vormerkung* een extra belasting opleveren van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers.

142 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, 3, p. 4, waaruit blijkt dat de wetgever hiervoor heeft gekozen op verzoek van consumentenorganisaties en de Raad voor onroerende zaken. Verwezen wordt ook naar het proefschrift van Van Velten alsmede het preadvies uit 1985 voor de gecombineerde vergadering van de KNB en de VBR uit 1985 van Kleijn en Van Velten.

143 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 23095, 8, p. 10.

144 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 23095, 8, p. 10.

Benadrukt wordt dat het tijdsverloop waarbinnen de koper blootstaat aan risico's bovendien niet gering is. Na de inschrijving van de koopovereenkomst is het recht van de koper gedurende die onzekere tijd gewaarborgd, doch met een maximumduur van zes maanden.¹⁴⁵ Hiermee heeft de wetgever willen voorkomen dat de levering van een onroerende zaak bijvoorbeeld om fiscale redenen eindeloos zou worden uitgesteld.¹⁴⁶ Daarnaast zou de verkoper bij een langere werkingsduur te lang in zijn mogelijkheden worden beperkt om ten behoeve van anderen over de zaak te beschikken en zouden schuldeisers te lang worden beperkt in hun verhaalsmogelijkheden op de zaak.

De bescherming van het recht op levering heeft vorm gekregen in een figuur waarmee aan een persoonlijk recht van de koper op de verkoper na inschrijving in de openbare registers gedurende zes maanden een zeker goederenrechtelijk effect wordt toegekend.¹⁴⁷ Door de inschrijving wordt de persoonlijke aanspraak van de koper versterkt, doch wordt daarmee niet zelf tot goederenrechtelijk recht verheven. Het recht van de koper verandert door de inschrijving immers niet van aard. De omvang van het goederenrechtelijk effect van de Vormerkung is door de wetgever precies omljnd.¹⁴⁸ Uitsluitend de in art. 7:3 lid 3 BW genoemde rechtsfeiten kunnen niet worden ingeroepen tegen de koper wiens recht is ingeschreven.¹⁴⁹ Daarnaast brengt het feit dat de werking van de inschrijving ook in tijd is beperkt mee dat niet van volledige goederenrechtelijke werking kan worden gesproken. Veeleer – en zo luidt ook de kwalificatie van de minister – is sprake van een figuur met een zekere op de wet gebaseerde goederenrechtelijke werking.¹⁵⁰

Ook in de Duitse literatuur wordt de Vormerkung naar meerderheidsopvatting gekenmerkt als een rechtsfiguur met een hybride karakter waarin verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke elementen samenkomen.¹⁵¹

145 Zie art. 7:3 lid 4 BW, waarop lid 5 als sluitstuk dient. Daarin is bepaald dat na het verloop van de termijn tussen dezelfde partijen gedurende zes maanden niet opnieuw een koop ten aanzien van hetzelfde goed kan worden ingeschreven omdat anders gemakkelijk aan het bepaalde in lid 4 zou kunnen worden ontkomen.

146 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, 3, p. 5, waar erop wordt gewezen dat voorkomen moet worden dat de heffing van overdrachts- of omzetbelasting wordt uitgesteld of daaraan wordt ontkomen.

147 Zie ook de definitie van de wetgever in soortgelijke zin, *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, 3, p. 8.

148 *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, 3, p. 8.

149 Aan deze limitatieve opsomming houdt de Hoge Raad juist vanwege het uitzonderingskarakter van de Vormerkung sterk vast. Zie HR 8 oktober 2010, *NJ* 2012/211, m.nt. Jac. Hijma en A.I.M. van Mierlo, r.o. 3.3.2 (*Van den Berg/Bernhard*) en HR 12 juli 2013, *NJ* 2014/273, m.nt. A.I.M. van Mierlo, r.o. 3.5.2 (*Van Egmond/Rosendahl*).

150 *Kamerstukken II* 2000/01, 23095, 10, p. 30 en 31.

151 Zie Staudinger/Gursky § 883 Rn 328, MünchKomm/Kohler § 883 Rn 5, Baur-Stürner 2009, p. 268 en Westerman-Gursky-Eickmann 2011, § 83.

Het betreft een persoonlijke aanspraak op een verandering in de rechtstoestand van een registergoed die na publicatie in het *Grundbuch* met goederenrechtelijke effecten wordt beschermd.¹⁵² Iedere beschikking die plaatsvindt ten nadele van degene ten behoeve van wie de Vormerkung is ingeschreven is op grond van § 883 tweede lid BGB jegens diegene ‘*unwirksam*’. Ook tegen een faillissement van de verkoper biedt de Vormerkung een aan een goederenrechtelijk recht soortgelijke bescherming.¹⁵³

De Nederlandse Vormerkung biedt het ingeschreven recht van de koper in beginsel bescherming tegen de in art. 7:3 lid 3 BW genoemde gebeurtenissen en rechtstoestanden. Zo wordt het recht van de koper onder meer beschermd tegen – daarin verschilt het Nederlandse recht niet van het Duitse – beschikkingshandelingen die na de inschrijving plaatsvinden en is het recht evenzeer bestand tegen een faillissement van de verkoper. Aan de inschrijving van het recht van de koper is dus een zekere absolute werking gekoppeld. In de verhouding tot andere goederenrechtelijke rechten neemt dit recht vanaf het tijdstip van inschrijving rang in conform de prioriteitsregel. Voor het antwoord op de vraag of het eigendomsrecht c.q. het beperkte recht van een derde tegen de koper kan worden ingeroepen, is de volgorde van de tijdstippen waarop de koop is ingeschreven respectievelijk waarop de beschikkingshandeling tot stand is gekomen doorslaggevend.¹⁵⁴ Art. 7:3 lid 3 sub a BW bepaalt immers dat een *na* de inschrijving van de koop tot stand gekomen vervreemding of bezwaring niet tegen de koper kan worden ingeroepen. Zo kan in het geval van een dubbele verkoop een koper zijn recht op levering jegens de andere koper veiligstellen door zijn koop te doen inschrijven.¹⁵⁵ Het is in dat kader niet van belang dat de koopovereenkomst die wordt ingeschreven ook het eerst tot stand is gekomen. Het derde lid van art. 7:3 BW maakt duidelijk dat de inschrijving – ook al betreft het een latere koop – het primaat heeft, tenzij de tweede koper het recht van de eerste koper kende of ten tijde van de inschrijving van de jongste koop reeds conservatoir beslag tot levering was gelegd.¹⁵⁶

152 Zie Baur-Stürner 2009, p. 268.

153 Zie § 106 InsO, in welk kader van ‘*Vollwirkung*’ wordt gesproken, zulks in tegenstelling tot de ‘*Sicherungswirkung*’ die volgt uit de eerste volzin van § 883 lid 2 BGB. Zie voor dit onderscheid Baur-Stürner 2009, p. 260-264.

154 Zie in gelijke zin de Duitse regeling in § 879 BGB, waarover hierboven par. 5.2.5. Overigens bevat § 883 derde lid BGB een regeling die inhoudt dat de Vormerkung zijn door inschrijving verkregen rang doorgeeft aan het (uiteindelijk tot stand gekomen) recht ter verkrijging waarvan de Vormerkung bescherming bood.

155 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 23095, 10, p. 30, waarin uitdrukkelijk wordt vermeld dat art. 7:3 BW de koper een sterkere bescherming biedt dan hij aan art. 3:298 BW kan ontleenen.

156 Onjuist is de in de Rapportage Wet koop onroerende zaken, p. 154 gehuldigde opvatting dat in een dergelijk geval art. 3:298 BW uitkomst moet bieden. Deze opvatting berust op een onjuiste lezing van art. 7:3 lid 3 BW en miskent het karakter van art. 3:298 BW als vuistregel voor situaties waarin de nakoming door beslagen wordt geblokkeerd.

De volgorde van inschrijvingen is derhalve beslissend voor het antwoord op de vraag tegen welke rechtsfeiten de Vormerkung bescherming biedt. De beoordeling van die volgorde vindt plaats in het kader van art. 3:21 BW.¹⁵⁷ Dat betekent dat indien de inschrijving van de koop op een dag samenvalt met de overdracht aan een derde dan wel de vestiging van een beperkt recht, de rangorde in de eerste plaats wordt bepaald door de volgorde van de dagen waarop de akten zijn opgemaakt en in de tweede plaats – indien de akten, zoals vaak het geval zal zijn, ook op dezelfde dag zijn verleden – door de volgorde van de tijdstippen van de akten.¹⁵⁸ Ook in verhouding tot de overige gebeurtenissen en rechtstoestanden die worden genoemd in het derde lid van art. 7:3 BW is het ingeschreven recht van de koper aan de prioriteitsregel onderworpen. De opgesomde situaties kunnen immers niet tegen de koper worden ingeroepen voor zover zij *na* de inschrijving tot stand komen.¹⁵⁹

Mocht op basis van de prioriteitsregel het ingeschreven recht van de koper in rang voor een ander recht gaan, dan kan dit recht niet tegen de koper worden ingeroepen. Dit rechtsgevolg is nagenoeg identiek aan de wijze waarop het gevolg van beslag is geformuleerd.¹⁶⁰ De inschrijving van de koop wordt daarom wel gekwalificeerd als een kopersbeslag.¹⁶¹ In het kader van het beslagrecht heeft de wijze waarop de gevolgen van een vervreemding in weerwil van beslag moeten worden vormgegeven, diverse opvattingen in de literatuur voortgebracht.¹⁶² Hoewel een verkoper zich in de regel verplicht om de zaak vrij van beslagen te leveren – en de notaris bij zijn recherche zal nagaan of er geen beslagen op de onroerende zaak rusten – is het niet ondenkbeeldig dat niettemin een vervreemding in weerwil van beslag tot stand komt. De Hoge Raad heeft duidelijk gemaakt dat een verhaalsbeslag niet leidt tot beschikkingsonbevoegdheid van degene ten laste van wie het beslag is gelegd.¹⁶³ Daarmee lijkt een einde te zijn gekomen aan

157 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, 3, p. 9, waar ter vergelijking wordt verwezen naar art. 3:21 BW. Overigens wordt op p. 8 opgemerkt dat niet zonder meer kan worden aangesloten bij wat ter zake van inschrijvingen en inschrijfbaar feit uit afdeling 3.1.2 BW volgt omdat het niet gaat om iets wat uit de aard van de openbaarmaking uit de registers volgt, maar om een obligatoire overeenkomst waaraan een aantal zakenrechtelijke gevolgen worden toegekend.

158 Aangezien de Vormerkung een ter inschrijving aangeboden notariële akte is in de zin van art. 3:21 lid 2 sub b BW, kan zo nodig nader onderscheid naar het nauwkeurige tijdstip worden gemaakt.

159 Een uitgebreide bespreking van alle conflictsituaties blijft op deze plaats achterwege. Ik verwijs naar Heyman & Bartels 2012, par. 6.5.

160 Het verschil is dat de bescherming van de Vormerkung in zoverre ruimer is dat ook een beslag door een derde en een faillissement niet aan de koper kunnen worden tegengeworpen. Vgl. art. 505 lid 2 Rv.

161 Zie Van Velten 2015, p. 187 en Broekveldt, *WPNR* 2004/6600, p. 937.

162 Voor een bespreking van de diverse opvattingen verwijs ik naar de proefschriften van Damsteegt-Molier, diss. 2009, p. 166-188 en Harreman, diss. 2007, p. 7-87, wier eigen opvattingen door het arrest van de Hoge Raad van 20 februari 2009, *NJ* 2009/376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong q.q.*) zijn achterhaald.

163 Zie HR 20 februari 2009, *NJ* 2009/376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong q.q.*).

de discussie omtrent het rechtskarakter van een vervreemding in weerwil van beslag.¹⁶⁴ De Hoge Raad construeert een dergelijke vervreemding aldus dat het goed overgaat op de verkrijger, maar dat de beslaglegger – in lijn met wat wel zaaksgevolgbenadering wordt genoemd – zijn verhaalsaanspraak op het goed behoudt.¹⁶⁵ In die visie brengt het feit dat de vervreemding niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen mee dat de beslaglegger bevoegd blijft de uitoefening van zijn recht voort te zetten, ook al maakt die zaak geen deel meer uit van het vermogen van zijn schuldenaar.¹⁶⁶ Een consequentie hiervan is echter wel dat de beslaglegger nadeel ondervindt van een faillissement van een derde, die hij uitdrukkelijk niet als contractspartij heeft gekozen en wiens solventie hij niet heeft kunnen beoordelen.¹⁶⁷ Als gevolg van dat faillissement zal zijn beslag immers op grond van art. 33 Fw komen te vervallen.

De rechtspraak waarin de zaaksgevolgtheorie tot stand is gekomen betreft steeds situaties waarin een verhaalsbeslag is gelegd. Indien een schuldeiser beslag legt dat strekt tot verhaal van een geldvordering lijkt het – afgezien van een eventueel faillissement van de derdeverkrijger – inderdaad opportuun om deze zijn aanspraak op het goed te laten behouden. Hij kan zijn beslag vervolgen op de zaak, ongeacht of het verhaalsobject zich nog in het vermogen van de schuldenaar bevindt. Naar het systeem van de wet zijn op ieder type beslag – en daarmee ook op een *leveringsbeslag* – dezelfde gevolgen van toepassing.¹⁶⁸ De toepassing van de zaaksgevolgtheorie op een vervreemding in weerwil van een leveringsbeslag leidt evenwel tot een minder bevredigend resultaat.¹⁶⁹ Indien immers beslag is gelegd dat erop is gericht om een persoonlijk recht op levering jegens een contractspartij veilig te stellen, is de beslaglegger erbij gebaat om zijn aanspraak op levering jegens de vervreemder te behouden.¹⁷⁰ Vooropgesteld moet worden

164 In de minderheid zijn Snijders 2014, p. 361-363 en Westrik, *WPNR* 2009/6798 die ondanks het arrest van de Hoge Raad nog ruimte zien om de toepasselijkheid van de theorie van relatieve beschikkingsonbevoegdheid te bepleiten. Overigens lijkt het arrest van de Hoge Raad voor Van der Kwaak, *TCR* 2009/4 evenmin reden te zijn om zijn opvatting aan te passen.

165 Zie voor deze theorie Bartels en Heyman, *WPNR* 1998/6306 en 6307 en de noot van A.I.M. van Mierlo in *NJ* 2009/154.

166 Zie HR 20 februari 2009, *NJ* 2009/376, r.o. 3.4 (*Ontvanger/De Jong q.q.*). Voor de goede orde moet worden opgemerkt dat het in deze zaak een verhaalsbeslag en geen leveringsbeslag betrof.

167 Hierin onderscheidt de zaaksgevolgtheorie zich van de relatieve beschikkingsonbevoegdheidstheorie. In laatstgenoemde theorie blijft de beslaglegger volledig buiten het faillissement van een derde omdat de zaak ten opzichte van de beslaglegger nooit het vermogen van de beslagene heeft verlaten.

168 Zie art. 734 en art. 726 Rv, waarin ten aanzien van een conservatoir beslag op onroerende zaken de in art. 505 lid 2 Rv opgenomen blokkerende werking van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

169 Zie ook Broekveldt, *RMThemis* 2013, p. 236.

170 Men dient trouwens te onderscheiden van het hierboven besproken geval van een dubbele verkoop waarna beide kopers conservatoir beslag hebben gelegd en voor de opheffing van een van beide beslagen art. 3:298 BW maatgevend is.

dat de notariële tussenkomst bij de overdracht van onroerende zaken het recht van de beslaglegger van een belangrijke waarborg voorziet. De notaris zal namelijk controleren dat de zaak – zoals partijen in de regel beogen – vrij van beslagen in eigendom op de verkrijger overgaat. Het beslag op een onroerende zaak biedt aldus een zekere preventieve bescherming. Mocht de levering niettemin doorgang hebben gevonden, dan heeft het beslag geen blokkerende werking gehad. Hoewel het beslag zijn functie – te weten het veiligstellen van de levering aan de beslaglegger – heeft gemist, is het door de vervreemding niet komen te vervallen. Ervan uitgaande dat de beslaglegger conform de zaaksevolgtheorie zijn recht op de zaak behoudt, zal de beslaglegger zich tot de verkrijger moeten wenden. Anders dan met betrekking tot een verhaalsbeslag, moet jegens de leveringsbeslaglegger een prestatie worden verricht door de nieuwe rechthebbende van de zaak. Het meewerken aan de levering kan via de rechter worden afgedwongen en zo nodig kan de levering plaatsvinden door middel van een rechterlijke voorziening volgens de regels van art. 3:300 BW. Feit is dat de beslaglegger een vervreemding niet eenvoudigweg kan negeren. Hij is niettemin gehouden om de verkrijger op te sporen, hetgeen uitdrukkelijk niet door de wetgever is beoogd met betrekking tot de blokkerende werking van beslag.¹⁷¹ De verdere executie van het leveringsbeslag wordt in deze opvatting sterk bemoeilijkt, wellicht zelfs onmogelijk.

Het lijkt voor de beslaglegger meer opportuun te zijn om zich na een vervreemding in weerwil van een beslag tot zijn schuldenaar te kunnen wenden. Alleen in dat geval heeft het beslag zijn persoonlijk recht op levering daadwerkelijk veilig kunnen stellen.¹⁷² Met de toepassing van de zaaksevolgtheorie op een leveringsbeslag wordt onvoldoende onderkend dat beide typen beslag wezenlijk van elkaar verschillen in de wijze waarop ze worden vervolgd. Het verhaalsbeslag is gericht op de tegeldemaking van het beslagen goed, terwijl een schuldeiser met een leveringsbeslag wil veiligstellen dat hij het beslagen goed kan verkrijgen. Het feit dat de vervreemding ook geldt jegens de leveringsbeslaglegger brengt zijn positie aan het wankelen, terwijl hij met het rechtsmiddel nu juist blokkerende werking heeft beoogd.

Aangezien de Hoge Raad uitdrukkelijk voor de zaaksevolgleer lijkt te hebben gekozen en van de diverse typen beslag dezelfde blokkerende werking uitgaat, zie ik geen ruimte om ten aanzien van een leveringsbeslag voor een andere constructie te opteren dan de zaaksevolgtheorie. Dat betekent dat de beslaglegger na een vervreemding in weerwil van een leveringsbeslag zich tot de verkrijger moet wenden om – al dan niet door middel van een rechterlijke voorziening – levering aan hem te bewerkstelligen. De

171 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 121.

172 Men zou tot dit resultaat komen indien de opvatting wordt gevolgd dat een vervreemding in weerwil van beslag van rechtswege nietig is jegens de beslaglegger. Aanhangers van deze relatieve nietigheidstheorie zijn Van der Kwaak, *TCR* 2009/4 en Harreman, *diss.* 2007, p. 87.

beslaglegger staat daarmee tevens bloot aan het faillissementsrisico van die derdeverkrijger.

Het is de vraag of de met de Vormerkung beoogde bescherming van het recht op de onbelaste verkrijging van de zaak op dezelfde manier moet worden vormgegeven. Aangezien de terminologie in art. 7:3 lid 3 BW gelijklopend is aan art. 505 lid 2 Rv – men vergelijk de formulering ‘niet kunnen worden ingeroepen’ – is naar mijn mening geen andere conclusie mogelijk dan dat in het geval van een vervreemding in weerwil van een Vormerkung eveneens de zaaksgevolgtheorie moet worden gevolgd.¹⁷³ Ook de Hoge Raad heeft opgemerkt dat

‘de inschrijving van de koop op vergelijkbare wijze als beslaglegging niet leidt tot beschikkingsonbevoegdheid van de verkoper, en dus ook niet in de weg staat aan overdracht van het verkochte goed aan een derde, [...]’¹⁷⁴

Hoewel daaruit niet volgt dat de Hoge Raad ten aanzien van de Vormerkung uitdrukkelijk voor de zaaksgevolgtheorie kiest, trekt hij bij de uitleg van het rechtsgevolg van de Vormerkung wel de vergelijking met beslag. Overigens kan de in het kader van het verhaalsbeslag ontwikkelde constructie niet geheel analoge toepassing krijgen in het kader van art. 7:3 lid 3 BW omdat de Vormerkung anders dan beslag tevens tegen een faillissement bestand is.¹⁷⁵

De koper wiens koop was ingeschreven zal dus zijn recht op levering na de vervreemding door de verkoper in strijd met de Vormerkung uitsluitend jegens de verkrijger geldend kunnen maken.¹⁷⁶ In het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad heeft de vervreemding immers ook jegens de beschermde koper effect. De verkrijger zou dan ertoe zijn gehouden de zaak door te leveren.¹⁷⁷ Problematisch in deze opvatting is dat onduidelijk is welke titel aan deze doorlevering ten grondslag kan worden gelegd. Beide kopers staan immers in geen enkele rechtsverhouding tot elkaar.¹⁷⁸ De koper die zijn recht met de Vormerkung heeft beschermd moet levering kunnen vorderen op de condities die hij met de verkoper overeengekomen is. Dat betekent dat de verplichting tot levering moet overgaan op de derdeverkrijger. De verplichting jegens de koper wiens recht is ingeschreven verkrijgt daarmee een zeker kwalitatief karakter, althans voor dat gedeelte dat de

173 Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat is beoogd voor de regeling van art. 7:3 lid 3 BW aan te sluiten bij die van beslag. Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, 3, p. 9.

174 Zie HR 6 februari 2009, *NJ* 2009/344, m.nt. A.I.M. van Mierlo, r.o. 3.3 (*ABN AMRO/Notaris X*).

175 Zie art. 33 Fw in vergelijking tot art. 7:3 lid 3 sub g BW.

176 Zie in dezelfde zin Heyman & Bartels 2012, p. 233.

177 Zie in deze zin Broekveldt, *WPNR* 2004/6601, p. 965 en Hockx, *WPNR* 2006/6664, p. 345.

178 Van Velten 2015, p. 195 merkt op dat de levering kan plaatsvinden overeenkomstig de schadevergoeding in natura na onrechtmatige daad bij dubbele verkoop. Deze titel komt mij omslachtig en eveneens onjuist voor omdat hiervan ten onrechte de suggestie uitgaat dat aan de vereisten voor onrechtmatige daad moet worden getoetst. Met de introductie van de Vormerkung is nu juist beoogd deze omslachtige constructie te voorkomen.

verkoper als gevolg van de vervreemding niet langer zelf kan nakomen.¹⁷⁹ Het blijft de verkoper die ervoor instaat dat de zaak aan de overeenkomst beantwoordt.¹⁸⁰

Een opmerkelijk gevolg van de toepassing van de zaaksgevolggedachte op art. 7:3 lid 3 BW is dat de in sub b opgenomen bescherming tegen opvolgende beschikkingen een overbodige bepaling wordt. Reeds het feit dat de koper zijn aanspraak op het goed behoudt, brengt mee dat hij zijn recht geldend kan maken jegens eenieder die de zaak opvolgend heeft verkregen. Het belang van het bepaalde in sub b zou gelegen kunnen zijn in het uitsluiten van de mogelijkheid dat derdeverkrijgers zich op een beschermingsbepaling kunnen beroepen, doch derden zullen vanwege de kenbaarheid van de Vormerkung gelet op het bepaalde in art. 3:23 BW al nooit te goeder trouw kunnen worden geacht.

Hoewel de constructie van art. 7:3 lid 3 BW aan de hand van de zaaksgevolgleer naar mijn mening als geldend recht moet worden beschouwd, ben ik hiervan allerm minst een warm voorstander. De positie van de koper die zijn recht op levering jegens de verkoper door inschrijving heeft versterkt wordt aanzienlijk ondermijnd indien na een vervreemding de verkrijger moet worden opgespoord. Met de in de wet opgenomen formulering dat een vervreemding niet tegen de koper wiens recht is ingeschreven kan worden ingeroepen, strookt niet dat hij als gevolg van een dergelijke vervreemding niettemin dusdanig in de effectuering van zijn recht wordt bemoeilijkt. Daar komt bij dat de koper naar de letter van de wet tevens blootstaat aan het risico dat de verkrijger faillieert waardoor de doorlevering niet meer kan plaatsvinden. Art. 7:3 lid 3 sub g BW voorziet immers uitsluitend in bescherming tegen een faillissement van de verkoper. In de literatuur is wel verdedigd dat het begrip 'verkoper' aldus moet worden uitgelegd dat hieronder wordt verstaan degene op wie de verplichting tot overdracht rust.¹⁸¹ Voor een dergelijke ruime uitleg is echter geen steun te vinden in de rechtspraak.

Het zou de adequate bescherming van de koper beter passen wanneer hij zijn recht op levering jegens zijn contractspartij geldend kan maken en dat hij van een faillissement van een derdeverkrijger net zomin te vrezen heeft als van een faillissement van de verkoper. Indien de koper wiens koop was ingeschreven zich tot de verkoper wendt, zou de goederenrechtelijke situatie aldus kunnen worden rechtgezet dat bij deze nieuwe levering wordt geconstateerd dat de eerdere levering waardeloos was.¹⁸² Aan deze levering kan eenvoudigweg de ingeschreven koopovereenkomst als titelen grondslag worden gelegd. Deze opvatting strookt met het gevolg van een bezwaring in weerwil van een Vormerkung. Afgezien van de vraag of

179 Zie Bartels & Heyman, *WPNR* 1998/6307, p. 208.

180 Deze constructie wordt ook verdedigd door Hockx 2006, p. 225.

181 Zie Heyman & Bartels 2012, p. 234.

182 Zie in deze zin ook een van de twee alternatieve opties van Van Velten 2015, p. 195.

het hypotheekrecht door de levering van rechtswege tenietgaat,¹⁸³ dient de goederenrechtelijke situatie in de openbare registers te worden gecorrigeerd door de inschrijving van de hypotheek waardeloos te verklaren.¹⁸⁴

Ook naar Duits recht wordt de bescherming van de *Vormerkungsgläubiger* gerealiseerd door aan latere beschikkingen effect te onthouden voor zover deze het beschermde recht van de koper frustreren. Een beschikking wordt ‘*relative Unwirksamkeit*’ toegedicht.¹⁸⁵ Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat aan de beschikkingsbevoegdheid niets wordt afgedaan – een Vormerkung leidt niet tot een ‘*Grundbuchsperr*’ – maar dat een beschikking uitsluitend jegens de beschermde crediteur zonder gevolg is.¹⁸⁶ Voor de *Vormerkungsgläubiger* geldt de debiteur nog steeds als eigenaar. Hoewel de derdeverkrijger in de openbare registers als eigenaar staat geregistreerd, kan de koper wiens recht is ingeschreven nog steeds zijn debiteur aanspreken tot levering.¹⁸⁷ Naar Duits recht wordt de goederenrechtelijke situatie gecorrigeerd doordat op grond van § 888 BGB van de derdeverkrijger kan worden verlangd dat hij instemt met de effectuering van de aanspraak die de koper op de verkoper heeft.¹⁸⁸ Deze instemming heeft evenwel geen materieelrechtelijke, doch slechts procestechnische betekenis.¹⁸⁹ Met de instemming wordt voldaan aan het in § 19 GBO opgenomen zogenoemde *Konsensprinzip* dat instemming vereist voor de inschrijving van degene wiens recht door de inschrijving wordt beïnvloed.¹⁹⁰

De bescherming van de koper in de situatie waarin een overdracht in weerwil van de Vormerkung heeft plaatsgevonden is daarmee naar Duits recht beter gewaarborgd. In Nederland vervult daarom de notariële tussenkomst een nog belangrijkere functie om te voorkomen dat de werking van de Vormerkung wordt gefrustreerd. Zo lang de notaris behoedzaam te werk gaat bij de levering van een onroerende zaak, wordt ook daadwerkelijk het met de Vormerkung beoogde resultaat bereikt. Het is daarmee de taak van

183 Bevestigend beantwoord door Bartels in zijn noot onder het vonnis van Rb. Zutphen 31 augustus 2012, *JOR* 2012/342. Hiertoe neigt ook Verstijlen in zijn noot onder hetzelfde vonnis in *NJ* 2013/77. Zie ook Hockx 2006, p. 225. Deze opvatting leidt evenwel tot een inconsistente uitleg van de gevolgen van beschikkingshandelingen. Waar een vervreemding zonder meer geldig blijft, zou een bezwaring zijn effect verliezen nadat aan de koper wordt geleverd.

184 Zie Pleysier, *JBN* 2013/63.

185 Zie Baur-Stürner 2009, p. 260-263 en Staudinger/Gursky § 883 Rn 202 e.v.

186 Zie Baur-Stürner 2009, p. 260.

187 De Duitse wetgever heeft uitdrukkelijk ervoor gekozen dat de *Vormerkungsgläubiger* zijn aanspraak jegens zijn oorspronkelijk schuldenaar geldend kan maken. Zie Mugdan III, p. 570.

188 De inschrijving in het *Grundbuch* ten behoeve van de derdeverkrijger in weerwil van de Vormerkung is immers gewoon rechtsgeldig tot stand gekomen. Zie Staudinger/Gursky § 888 Rn 3.

189 Zie Staudinger/Gursky § 888 Rn 17.

190 Overigens wordt door de bewaarder niet in de beoordeling getreden van de materieelrechtelijke wilsovereenstemming (de *Einigung*). Het betreft in § 19 GBO het formele consensusbegrip. Zie Baur-Stürner 2009, p. 193.

het notariaat om de koper die zijn koop heeft ingeschreven te doen toekomen waartoe hij obligatoir is gerechtigd.¹⁹¹

De invoering van de Vormerkung als obligatoire rechtsfiguur met goederenrechtelijke effecten is veelvuldig bekritiseerd vanuit het perspectief van de overige schuldeisers van de verkoper.¹⁹² De consequentie van de bescherming van het recht van de koper op deze wijze is immers – dat wordt door de wetgever ook uitdrukkelijk onderkend¹⁹³ – dat het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in gedrang kan komen. Het is onmiskenbaar dat de koper die de bescherming van art. 7:3 lid 3 BW geniet, in een gunstigere positie verkeert dan andere schuldeisers. Toch moet men beseffen dat de verhaalspositie van andere schuldeisers niet per definitie slechter wordt, mits voor de verkochte zaak een reële koopprijs in de plaats komt.

Wel is terecht aangevoerd dat uit de regeling van de Vormerkung in samenloop met beslag een ongerechtvaardigde ongelijkheid tussen diverse beslagleggers voortvloeide.¹⁹⁴ Indien door verscheidene schuldeisers zowel voor als na de Vormerkung beslag is gelegd, dan zal namelijk bij de levering de schuldeiser die voor de Vormerkung beslag had gelegd worden voldaan teneinde het registergoed vrij van hypotheek en beslagen aan de koper te kunnen leveren.¹⁹⁵ De latere beslaglegger kan zijn beslag op het goed niet vervolgen en verliest de mogelijkheid om zijn beslag te effectueren. Hoewel beslagleggers in de regel gelijkelijk delen in de verkoopopbrengst, wordt met de Vormerkung een voorrangpositie gecreëerd ten voordele van de schuldeiser die voor de Vormerkung beslag had gelegd. De enige beslagmogelijkheid voor een schuldeiser na de Vormerkung bestaat uit het leggen van derdenbeslag op de koopsom onder de koper of onder de notaris.¹⁹⁶ Het gevolg hiervan is evenwel dat de door de Vormerkung beoogde bescherming buiten werking wordt gesteld. De koper kan als gevolg van een derge-

191 De notaris is tuchtrechtelijk – en bovendien op straffe van civielrechtelijke aansprakelijkheid – ertoe gehouden om zijn ministerie te weigeren indien een derde zijn recht op levering heeft ingeschreven. Zie par. 9.5.

192 Men name Broekveldt, *WPNR* 2006/6675.

193 Al is de minister wel van mening dat met de regeling zowel aan de gerechtvaardigde belangen van de koper als aan de gerechtvaardigde belangen van derden voldoende recht wordt gedaan. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 23095, 10, p. 11 en 30.

194 Zie Rapportage Wet koop onroerende zaken, p. 103, Broekveldt, *WPNR* 2006/6675 en de conclusie van Rank-Berenschot voor HR 6 februari 2009, *NJ* 2009/344 (*ABN AMRO/Notaris X*).

195 Ten overvloede merk ik op dat een na de Vormerkung gelegd beslag van waarde kan zijn indien de levering niet binnen zes maanden na de inschrijving plaatsvindt.

196 De wetgever heeft opgemerkt dat deze mogelijkheid blijft bestaan na de Vormerkung. Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, 3, p. 10. Ook de Hoge Raad wijst er uitdrukkelijk op dat deze mogelijkheid aan de schuldeiser ten dienste staat. Zie HR 9 februari 2009, *NJ* 2009/344, m.nt. A.I.M. van Mierlo, r.o. 3.4.

lijk beslag namelijk niet aan zijn verplichting voldoen, waardoor de levering geen doorgang zal kunnen vinden.¹⁹⁷

Om deze patstelling te doorbreken is de wet aldus gewijzigd dat het mogelijk is dat de koper in weerwil van een beslag bevrijdend aan de notaris kan betalen.¹⁹⁸ Daarnaast is in art. 507b Rv bepaald dat een na de Vormerkung gelegd beslag na de levering wordt geconverteerd in een beslag op het deel van de koopprijs dat de notaris ten behoeve van de verkoper onder zich houdt.¹⁹⁹ Een schuldeiser behoudt diens gevolg na de Vormerkung een effectieve beslagmogelijkheid en gaat er niet verder op achteruit dan noodzakelijk is voor de bescherming van het recht op daadwerkelijke nakoming van de koper.²⁰⁰

Ook na de wetwijziging blijft de Vormerkung daarmee een rechtsfiguur die op verscheidene manieren inbreuk maakt op het wettelijk systeem. In de eerste plaats verkrijgt de koper namelijk een bevoorrechte positie in de verhouding tot andere schuldeisers, hetgeen het onderscheid tussen het goederen- en verbintenissenrecht doet vervagen. Dit bezwaar is echter inherent verbonden aan de wijze waarop de wetgever het recht van de koper bescherming heeft willen toekennen. In de tweede plaats is het neveneffect – ofschoon onontbeerlijk – van de Vormerkung dat onder omstandigheden in de externe verhouding tussen beslagleggers het beginsel van de *paritas creditorum* wordt doorbroken. De inbreuken kunnen worden gelegitimeerd nu zij berusten op een uitdrukkelijke keuze van de wetgever om het recht van de koper van een registergoed op levering te beschermen.

9.3.3 De kwalitatieve verplichting

Als uitzondering op de regel dat alleen goederenrechtelijke rechten aan de prioriteitsregel onderworpen zijn, kent de wet in art. 6:252 BW de figuur van de kwalitatieve verplichting. Deze rechtsfiguur voorziet in de mogelijkheid om verbintenisrechtelijke afspraken in verband met een registergoed te

197 Zie HR 8 oktober 2010, *NJ* 2012/211, m.nt. Jac. Hijma en A.I.M. van Mierlo (*Van den Berg/Bernhard*) en HR 12 juli 2013, *NJ* 2014/273, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Van Egmond/Rosendahl*).

198 Zie Wet van 30 september 2015, *Stb.* 2015, 396. Deze wetwijziging is in lijn met de aanbeveling uit de Rapportage van het Molengraaff Instituut naar aanleiding van de evaluatie van de Wet koop onroerende zaken. Zie Rapportage Wet koop onroerende zaken, p. 103. Zie voor kritische opmerkingen bij de wetwijzigingen Ekkelkamp, *WPNR* 2016/7089.

199 In HR 6 februari 2009, *NJ* 2009/344, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*ABN AMRO/Notaris X*) oordeelde de Hoge Raad dat een dergelijke conversie van beslag niet kon worden aangenomen omdat (op dat moment) een uitdrukkelijke wettelijke grondslag daarvoor ontbrak. Heyman, *WPNR* 2009/6781, p. 4, stelde voor – en kreeg daarvoor bijval in Rapportage Wet koop onroerende zaken, p. 103 – de wettelijke basis alsnog te leggen.

200 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34148, 3, p. 5. Het onderscheid tussen schuldeisers die voor en na de Vormerkung beslag hebben gelegd, is daarmee niet verholpen. Laatstgenoemde schuldeisers kunnen immers slechts aanspraak maken op het eventuele overschot. In kritische zin hierover Broekveldt 2010, p. 57 e.v.

binden aan opvolgende verkrijgers van die zaak. Hoewel de rechtspraktijk al van oudsher behoefte aan deze mogelijkheid lijkt te hebben gehad, draagt deze figuur zich niet met het uitgangspunt dat verbintenissen uitsluitend tussen partijen gelden.²⁰¹

Toch is in de rechtspraak sinds de invoering van het BW van 1838 de scheiding tussen het verbintenissen- en het goederenrecht lange tijd niet als een vanzelfsprekendheid beschouwd. Het was in de negentiende eeuw vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat een contractuele verplichting die de eigenaar met oog op die zaak was aangegaan, overging op een opvolgende verkrijger.²⁰² Het wettelijk kader van deze opvatting werd beheerst door art. 1354 OBW, waarin was bepaald dat

[m]en wordt verondersteld bedongen te hebben voor zich zelven, en voor zijne erfgenamen en regtsverkrijgers, [...].²⁰³

Deze bepaling werd aldus uitgelegd dat onder 'rechtsverkrijgers' ook werden begrepen zij die dat onder bijzondere titel zijn. Daarnaast nam men aan dat 'bedongen te hebben' de betekenis droeg van contracteren, zodat daaronder ook het zich *tot* iets verplichten valt.²⁰⁴ Van verbintenissen die betrekking hebben op de zaak werd aldus geacht zowel de actieve zijde (het vorderingsrecht) als de passieve zijde (de schuld) over te gaan op de verkrijger.

De Hoge Raad maakte aan deze praktijk een einde in het bekende arrest Blaauboer/Berlips.²⁰⁵ Daarin onderstreepte de Hoge Raad het belang van het onderscheid tussen het goederen- en verbintenissenrecht en oordeelde dat de gangbare praktijk van kwalitatieve plichten op een onjuiste interpretatie van art. 1354 OBW berustte. Aan de hand van aan Pothier ontleende argumenten – art. 1354 OBW is ontleend aan art. 1122 Cc dat op zijn beurt teruggaat op Pothiers *Traité des obligations*²⁰⁶ – bepaalde de Hoge Raad dat de

201 Art. 1376 OBW bepaalde dat overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen de handelende partijen.

202 Zie voor het eerst HR 28 januari 1841, W 157, voorts uitdrukkelijk HR 26 november 1880, W 4584 en tot slot HR 24 april 1884, W 5031. Zie over de grondslagen van de overwegingen uit deze arresten Du Perron, diss. 1999, p. 168-172 en p. 218-227.

203 Behalve deze wettekst, berustte de leer ook op de *lex dicta*. Hieronder verstaat men de mogelijkheid om bij de verkoop van onroerend goed daaraan bepalingen te verbinden die niet alleen voor de koper, maar ook voor diens rechtsopvolgers verbindend zijn. Zie hierover Du Perron, diss. 1999, p. 175-194.

204 Zie HR 24 april 1884, W 5031. Zie hierover Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 148-153, Du Perron, diss. 1999, p. 218-227 en Van Oostrom-Streep, diss. 2006, p. 15-18.

205 Zie HR 5 maart 1905, W 8191. De Hoge Raad volgde daarmee het betoog van Feith, *Themis* 1897, p. 642 die erop wees dat de heersende leer het onderscheid tussen het zakenrecht en verbintenissenrecht waarop de gehele wetgeving berust, omverwerpt en dat de heersende leer tot rechtsonzekerheid leidt doordat niet duidelijk is welke verplichtingen wel en niet de zaak volgen.

206 Verwezen wordt naar Pothier 1761, nr. 53-73, waarin Pothier het uitgangspunt bespreekt dat verbintenissen slechts tussen partijen werken en de daarop bestaande uitzonderingen.

uitdrukking ‘bedongen hebben’ alleen ziet op de actieve zijde van verbintenissen.²⁰⁷

Het arrest van de Hoge Raad verkondigt een strenge leer en blinkt uit in dogmatische zuiverheid.²⁰⁸ Desondanks bleef de behoefte van de praktijk om verkrijgers van een onroerende zaak te kunnen binden aan verplichtingen onverminderd bestaan. Meijers verwoordde treffend dat onder de rechtspraak van voor het arrest Blaauboer/Berlips:

‘menig nuttig effect langs eenvoudige weg werd verkregen, waarvoor thans een omslachtige constructie gebruikelijk is.’²⁰⁹

Die omslachtige constructie waar de praktijk zijn toevlucht tot had genomen betreft het kettingbeding. Een dergelijk beding houdt een bepaalde verplichting in voor de eigenaar van een goed, met daaraan gekoppeld de gehoudenheid onder verbeurte van een boete om die verplichting door te geven aan al zijn verkrijgers onder bijzondere titel.²¹⁰ Zowel de verplichting ten aanzien van het goed als de verplichting tot doorgifte moeten aan de verkrijger worden opgelegd. De gebrekkigheid van deze regeling is gelegen in het risico dat het beding niet wordt nageleefd.²¹¹ Het breken van de ketting levert weliswaar wanprestatie op, hetgeen zal resulteren in een verplichting tot schadevergoeding, maar daarmee wordt de ketting niet hersteld.²¹² Daarnaast houdt een kettingbeding geen stand in een faillissement.²¹³ Beide gebreken zijn inherent verbonden aan het karakter van een kettingbeding als verbintenisrechtelijke figuur. De wet bood uiteraard wel de mogelijkheid om een recht van erfdienstbaarheid te vestigen. Een erfdienstbaarheid kent evenwel op zijn beurt weer beperkingen. Zo kan een erfdienstbaarheid

207 Feith had uit het werk van Pothier afgeleid dat ter zake van de derdenwerking van contracten steeds duidelijk onderscheid werd gemaakt tussen het maken van bedingen enerzijds en het aangaan van verplichtingen anderzijds. Het in art. 1122 Cc gehanteerde begrip ‘*stipuler*’ werd doorgaans – zulks in tegenstelling tot ‘*promettre*’ – gereserveerd voor het maken van bedingen waaruit een vorderingsrecht voortvloeit. Zie Feith, *Themis* 1897, p. 651 e.v.

208 Het arrest is voor het huidige recht nog steeds van belang. Zie hierover tamelijk recent nog Mijnssen, *WPNR* 2009/6781, p. 29 en Heyman, *NTBR* 2002/7 die het arrest treffend bestempelt als een monument van dogmatische zuiverheid.

209 Zie Meijers, *WPNR* 1920/2630, p. 279.

210 Zie voor een vergelijkbare definitie Van Oostrom-Streep, diss. 2006, p. 23 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/559.

211 Opgemerkt kan worden dat het betreffende beding op grond van art. 7:15 BW vooraf bij de koop aan de koper moet zijn medegedeeld. Ten tijde van de levering kan de verkoper dit beding niet meer aan de koper opleggen.

212 Overigens zijn deze rechten als gevolg van het notariële tuchtrecht van een quasi-goe-derenrechtelijk effect voorzien. Zie hierover par. 9.5. Bij onrechtmatig handelen van de verkrijger kan via de weg van de schadevergoeding in natura (art. 6:103 BW) nog wel worden bereikt dat de verkrijger alsnog aan het kettingbeding wordt gebonden.

213 Een kettingbeding zal de executie door een hypotheekhouder evenmin overleven, tenzij de executie zonder respectering van het beding onrechtmatig moet worden geacht. Zie hierover Huijgen 2016/28.

alleen bestaan in een verplichting tot een dulden of nalaten, terwijl een kettingbeding ook tot een actief handelen kan verplichten.²¹⁴

Het toestaan van de mogelijkheid om kwalitatieve verplichtingen op opvolgende verkrijgers te doen overgaan werd tegengehouden om twee redenen.²¹⁵ Zo werd in de eerste plaats naar voren gebracht het gevaar van overbelasting van de grond. Daarnaast werd gevreesd dat een verkrijger geconfronteerd zou kunnen worden met verplichtingen die hij niet kende en ook niet kon kennen.²¹⁶ Niettemin is Meijers tegemoetgekomen aan de praktijkbehoefte aan kwalitatieve verplichtingen.²¹⁷ In het ontwerp voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek zijn bovendien beide gevaren bezworen. Overbelasting wordt bedwongen doordat enerzijds de kwalitatieve verplichting uitsluitend kan bestaan – evenals een erfdienstbaarheid²¹⁸ – uit een dulden of nalaten.²¹⁹ Anderzijds mag de verplichting geen beperking inhouden van de bevoegdheid om over het goed te beschikken.²²⁰

De kenbaarheid van de kwalitatieve verplichting is gewaarborgd doordat voor de kwalitatieve werking is vereist dat van de overeenkomst tussen partijen een notariële akte is opgemaakt die wordt ingeschreven in de openbare registers.²²¹ Daarmee is het toepassingsgebied beperkt tot registergoederen. Aangezien de kwalitatieve werking afhankelijk is van de inschrijving bepaalt het inschrijvingstijdstip tevens de positie die de verplichting inneemt in de verhouding tot andere rechten op het registergoed. In het derde lid van art. 6:252 BW is hiervoor een rangorderegel opgenomen. De betekenis van die rangordebepaling ziet op de vraag of derden aan de verplichting gebonden zijn. Toch is niet per definitie iedere gerechtigde wiens recht

214 Er zijn meer verschillen, bijvoorbeeld ten aanzien van de totstandkoming. Daarnaast heeft een erfdienstbaarheid ook altijd een heersend erf nodig. Zie de verschillende figuren in perspectief tot elkaar Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/557-559, Van Velten 2015, p. 637 e.v. en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/618 en 619.

215 In 1914 had de vergadering van de Broederschap der Notarissen nog wel gepleit voor een terugkeer naar het oude stelsel. Zie het verslag hiervan in Weekblad voor het Notariaat 1914/ 461, p. 340-345.

216 Zie afwijzend tegenover het toestaan van de kwalitatieve verplichting Maeijer 1966, p. 64-68 en Lubbers, *WPNR* 1966/4904, p. 206.

217 Zie het Ontwerp Meijers in PG Boek 6 BW, p. 935.

218 Van Oostrom-Streep, diss. 2006, p. 48 e.v. merkt op dat de verplichting bij een erfdienstbaarheid slechts op feitelijke handelingen ziet, terwijl de verplichting bij een kwalitatieve verplichting tevens op rechtshandelingen kan zijn gericht.

219 Zie PG Boek 6 BW, p. 936.

220 Hieronder valt bijvoorbeeld een verbod tot overdracht of tot verkoop. Zie nader PG Inv. Boek 6 BW, p. 1822. De praktijk zal zogenoemde anti-speculatiebedingen in de vorm van kettingbeding moeten blijven gieten. De wetgever wijst ook nog erop dat art. 6:259 BW in de mogelijkheid voorziet om de kwalitatieve verplichting door de rechter te laten wijzigen, hetgeen het gevaar van overbelasting van de grond verzacht.

221 De verplichting waarvan de inhoud in de notariële akte wordt omschreven kan al bij eerdere overeenkomst in het leven zijn geroepen en heeft dan al werking tussen partijen. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/554 en Van Oostrom-Streep, diss. 2006, p. 81 e.v. die de kwalitatieve verplichting uitsplitst in de basisovereenkomst en de overeenkomst tot kwalitatief maken.

op de zaak nadien wordt ingeschreven aan de verplichting gebonden. Partijen hebben namelijk bij de totstandkoming van de kwalitatieve verplichting de vrijheid om restricties aan te brengen in de groep van verkrijgers en gebruikers die zij aan de verplichting gebonden willen maken.²²² Zo kan worden bedongen dat de verplichting alleen bindend is voor opvolgende verkrijgers van de zaak of tevens voor toekomstige huurders, pachters, erfpachters en vruchtgebruikers. Deze contractsvrijheid past bij de kwalitatieve verplichting als verbintenisrechtelijke figuur.

De vrijheid van partijen om de derdenwerking te bepalen wordt begrensd door de wet. Het derde lid van art. 6:252 BW bepaalt namelijk dat de verplichting niet werkt jegens hen die voor de inschrijving onder bijzondere titel een recht op het goed of tot gebruik van het goed hebben verkregen. Daarmee wordt enerzijds impliciet de prioriteitsregel tot uitdrukking gebracht. Anderzijds wordt duidelijk dat een kwalitatieve verplichting door inschrijving niet de status van goederenrechtelijk recht verkrijgt omdat degenen met een ouder verbintenisrechtelijk recht met betrekking tot de zaak niet gebonden zijn.²²³ Ook beslagleggers zijn niet gebonden voor zover ze beslag hebben gelegd voordat de verplichting was ingeschreven.²²⁴ Ten aanzien van oudere goederenrechtelijke rechten vertoont de rangorde gelijkenis met de regeling van 3:21 BW.²²⁵ De volgorde van inschrijvingen van de kwalitatieve verplichting respectievelijk van een goederenrechtelijke recht bepaalt immers de gebondenheid van de gerechtigde aan de verplichting. Het tijdstip van inschrijving is aldus – geheel conform de prioriteitsregel – bepalend voor de gebondenheid van de op dat moment bestaande goederenrechtelijk alsook obligatoir gerechtigden tot het registergoed.²²⁶

Het is duidelijk dat de wetgever met de kwalitatieve verplichting een rechtsfiguur met een hybride karakter heeft geïntroduceerd. Hoewel de kwalitatieve verplichting voortvloeit uit een overeenkomst en om die reden is ondergebracht in Boek 6 BW, zijn vanwege de derdenwerking de goederenrechtelijke aspecten onmiskenbaar. De wetgever maakt nota bene zelf de vergelijking met een erfdiensbaarheid zonder heersend erf.²²⁷ Bij de kwalifi-

222 Zie PG Boek 6 BW, p. 937: 'Het beding kan ten aanzien van beide groepen [verkrijgers en gebruikers] of van een van beide worden gemaakt.'

223 De inschrijving is beslissend. Eventuele wetenschap van het beding voordat de inschrijving heeft plaatsgehad, brengt hierin geen verandering. Zie PG Inv. Boek 6 BW, p. 1821.

224 Op grond van art. 6:252 lid 3 sub b BW is het tijdstip van inbeslagneming, en niet het tijdstip van inschrijving van het proces-verbaal doorslaggevend. Voor de gebondenheid van de beslaglegger wordt dus aangesloten bij de kenbaarheid van de kwalitatieve verplichting op het moment waarop hij overgaat tot beslaglegging.

225 In deze zin ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/555.

226 Op grond van art. 6:252 lid 3 sub c BW is evenmin degene gebonden die verkrijgt van een niet aan de verplichting gebodene. Men denke aan de veilingkoper die de zaak verkrijgt nadat de hypotheekhouder met een aan de kwalitatieve verplichting anterieur hypotheekrecht tot executie overgaat.

227 Zie PG Boek 6 BW, p. 942. De keuze die desalniettemin voor het verbintenisrecht is gemaakt wordt daar beargumenteerd met de toegang tot verbintenisrechtelijke sancties die daaruit voortvloeien.

catie als goederenrechtelijk recht past op zijn beurt weer niet dat partijen de vrijheid hebben om de binding van derden te bepalen en dat oudere obligatoir gerechtigden niet aan de verplichting gebonden kunnen worden.²²⁸

In de literatuur is de vraag naar de verenigbaarheid van een dergelijke rechtsfiguur met het gesloten stelsel van het goederenrecht onderwerp van discussie geweest.²²⁹ Door de wetgever is zij echter van ondergeschikt belang geacht.²³⁰ De argumenten voor de vorm waarin de kwalitatieve verplichting uiteindelijk is gegoten hangen niet samen met de dogmatische vraag of dat past binnen de *numerus clausus*, maar

‘uitsluitend met die of de opzet tot wenselijke resultaten leidt’.²³¹

Hieruit volgt duidelijk dat het recht zich in de visie van de wetgever niet in dienst van de dogmatiek moet stellen. De invoering van deze hybride figuur – waarmee een obligatoir recht onder de toepassing van de prioriteitsregel wordt gebracht – is derhalve uitsluitend terug te voeren op een concessie aan de praktijk. Treffend is in de literatuur opgemerkt dat de invoering van art. 6:252 BW kan worden beschouwd als een tegemoetkoming aan een praktijkbehoefte waarvoor de esthetiek van de systematiek heeft te wijken.²³²

9.4 PRIORITEITSTOEPASSING OP HET GEBIED VAN RECHTSVORDERING

9.4.1 Blokkerende werking van beslag

Bij de bespreking van de gevolgen van de Vormerkung hierboven in par. 9.3.2 is ter vergelijking reeds het rechtsgevolg van beslag op onroerende zaken aan de orde gekomen.²³³ Een schuldeiser die zijn vordering wil veiligstellen kan beslag laten leggen op een goed van zijn schuldenaar. Die vordering kan strekken tot verhaal dan wel tot levering van het beslagen goed.²³⁴

228 Overigens is het maar de vraag of deze twee aspecten voldoende rechtvaardiging vormen om de figuur niet geheel in het goederenrecht onder te brengen. Zie bijvoorbeeld Van Oostrom-Streep, diss. 2006, p. 233 en Du Perron, diss. 1999, p. 249 en 250.

229 Zie PG Boek 6 BW, p. 938 en 939 voor een opsomming van tegenstanders van de kwalitatieve verplichting omdat een dergelijke regeling niet thuishoort in een rechtssysteem waaraan een duidelijk onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht ten grondslag ligt.

230 Zie PG Boek 6 BW, p. 942 en 943. Opgemerkt wordt dat het gesloten stelsel strikter zou worden gehandhaafd indien de figuur zou worden vormgegeven als zakelijk recht. Hier ging evenwel de voorkeur van de wetgever niet naar uit.

231 Zie PG Boek 6 BW, p. 942.

232 Zie Davids 1994/27 en Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 169.

233 Voor een bespreking van het rechtskarakter van beslag en de discussie in de literatuur omtrent de wijze waarop het gevolg van een vervreemding in weerwil van beslag moet worden geconstrueerd, verwijs ik naar hetgeen hierboven is opgemerkt op p. 227.

234 Ik maak gemakshalve onderscheid tussen verhaalsbeslag en leveringsbeslag. Er kunnen nog andere doelen aan het beslag ten grondslag liggen. Zie Mijnsen & Van Mierlo 2009/1.2.

Het gevolg van het beslag is dat onder meer een vervreemding of bezwaring niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen.²³⁵ Het tijdstip waarop deze zogenoemde blokkerende werking ingaat, is ten aanzien van roerende zaken het tijdstip van ondertekening door de deurwaarder van het proces-verbaal zoals bedoeld in art. 440 Rv en ten aanzien van onroerende zaken in beginsel het tijdstip van inschrijving in de openbare registers.²³⁶ Aan deze tijdstippen wordt in de hoofdregel de rang van het beslag in de verhouding tot andere rechten op het beslagen goed gekoppeld.²³⁷ Aangezien ten aanzien van conflicterende rechten op een onroerende zaak de rangorde wordt bepaald door de volgorde van inschrijvingen, zou kunnen worden volstaan met een verwijzing naar hetgeen daaromtrent in par. 8.2.1 is opgemerkt, ware het niet dat de wet in art. 505 lid 3 Rv hierop een uitzondering maakt. Deze uitzondering op de prioriteitsregel komt hierna aan de orde.

9.4.2 Beslag op onroerende zaken

Een beslag op een onroerende zaak sorteert effect vanaf het moment van inschrijving in de openbare registers.²³⁸ Voor de bespreking van de prioriteitsregel in het kader van beslag is dat tijdstip van inschrijving van groot belang. De rangorde van meerdere inschrijvingen die op hetzelfde register-goed betrekking hebben – waaronder op grond van art. 3:17 lid 1 sub g BW ook een beslag kan worden gerekend – wordt ingevolge art. 3:21 BW immers door de volgorde van de tijdstippen van die inschrijvingen bepaald. Dat betekent bijvoorbeeld dat indien een levering voor een beslag wordt ingeschreven, de levering in rang boven het beslag gaat. De zaak gaat aldus vrij van beslag in eigendom over op de verkrijger.

Nadere aandacht verdient de situatie waarin een beslag gelijktijdig met een levering wordt ingeschreven. Ik roep in herinnering dat vanwege de beperkte openingstijden van de kantoren van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers gevallen van gelijktijdige inschrijvingen denkbaar zijn.²³⁹ Twee ná 15.00 uur ter inschrijving aangeboden feiten worden namelijk gelijktijdig om 9.00 uur op de volgende werkdag ingeschreven. De rangorde van gelijktijdige inschrijvingen wordt geregeerd door het tweede lid van art. 3:21 BW. Voor de beslechting van het rangordeconflict moet in de eerste plaats nader onderscheid worden gemaakt naar de dagen waarop de ter inschrijving aangeboden akten zijn opgesteld. Aangenomen kan worden

235 Zie art. 453a Rv voor roerende zaken, respectievelijk art. 505 lid 2 Rv voor onroerende zaken. Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat het beslag ook bescherming biedt tegen een onderbewindstelling, verhuring of verpachting.

236 Uiteraard dienen wel alle formaliteiten – waarvan sommige op straffe van nietigheid van het beslag – in acht te worden genomen. Zie art. 440 en 505 lid 1 Rv.

237 Een bespreking van de regels van derdenbescherming laat ik achterwege omdat de beschermde rechten van derden geen rangordeconflict met het beslag doen ontstaan, maar het beslag eenvoudigweg teniet doen gaan.

238 Zie PG Boek 3 BW, p. 122 en Mijnsen & Van Mierlo 2009/2.10.

239 Zie hierover par. 8.2.2.

dat beide inschrijvingen zo spoedig mogelijk zullen plaatsvinden omdat de inschrijving voor de overdracht een constitutief vereiste is en het beslag van blokkerende werking voorziet. Men zal derhalve niet in ieder rangordeconflict kunnen volstaan met het differentiëren naar verschillende dagen. De nadere regeling van art. 3:21 lid 2 sub a BW geeft derhalve niet per definitie uitsluitel. Ter beslechting van een rangordeconflict tussen een levering en een gelijktijdig ingeschreven beslag, kan geen beroep worden gedaan op het bepaalde in art. 3:21 lid 2 sub b BW. Deze regeling is alleen van toepassing op notariële akten, omdat in die akten steeds het tot op de minuut nauwkeurige tijdstip van het opmaken wordt vermeld.²⁴⁰ Aangezien in andere gevallen – zoals in een proces-verbaal van inbeslagneming²⁴¹ – geen tijdstip pleegt te worden vermeld, heeft de wetgever de toepasselijkheid van de onderhavige regeling beperkt tot notariële akten.²⁴² Mocht niettemin het tijdstip in het proces-verbaal van inbeslagneming door de deurwaarder zijn opgenomen, dan kan de regel van sub b door middel van analoge toepassing uitsluitel geven.²⁴³ In de gevallen waarin de rangorde niet kan worden bepaald, zal toch vast moeten komen te staan of het beslag al dan niet op de zaak kleeft. Bij de beantwoording van deze vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen een verhaals- en een leveringsbeslag. De rangorde in een conflict tussen een verhaalsbeslag en een levering komt niet onverkort overeenkomstig de prioriteitsregel tot stand. Ten aanzien van een verhaalsbeslag maakt art. 505 lid 3 Rv namelijk een uitzondering op de rangorde naar de volgorde van inschrijvingen.²⁴⁴ Ik zal hierna aandacht besteden aan deze uitzondering, die tevens voor wat het verhaalsbeslag betreft een antwoord geeft op de vraag naar de rangorde van een gelijktijdig met een zodanig beslag ingeschreven akte van levering.

Indien een verhaalsbeslag weliswaar eerder is ingeschreven dan de levering, maar na het passeren van de leveringsakte tot stand is gekomen en die leveringsakte uiterlijk één werkdag na het beslag wordt ingeschreven, gaat de levering niettemin in rang boven het beslag. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat aan deze uitzondering een beschermingsgedachte ten grondslag ligt:

‘Het beoogt kopers van onroerende zaken of van een daarop rustend beperkt recht (bijv. erfpacht), alsmede de hypotheekhouders die de koop geheel of ten dele hebben gefinancierd te beschermen tegen beslagen die zij ten tijde van het verlijden van de transportakte [...] nog niet konden kennen, omdat die beslagen toen nog niet waren ingeschreven.’²⁴⁵

240 Zie art. 40 lid 3 en art. 43 lid 4 Wna.

241 Men denke ook aan rechterlijke vonnissen.

242 Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1091. Voorts wordt opgemerkt dat aan een verdere regeling in de praktijk ook weinig behoefte zou bestaan.

243 De wetgever sluit analoge toepassing niet uit. Zie PG Inv. Boek 3 BW, p. 1091.

244 De toepasselijkheid van deze uitzonderingsbepaling op het leveringsbeslag is uitgesloten in art. 734 lid 1 Rv. De uitzondering geldt evenmin voor maritaal beslag op grond van art. 770a Rv. Wel geldt zij gelet op art. 726 Rv voor zowel conservatoir als executoriaal verhaalsbeslag.

245 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 229.

Het wetgever beseftte dat kopers en hun hypothecair financiers in het belang van een vlot verlopend rechtsverkeer de zekerheid moeten hebben dat het verkregen goed na het verlijden van de transportakte niet meer blootstaat aan uitwinning door schuldeisers van de vervreemder.²⁴⁶ De koopsom moet immers op grond van art. 7:26 lid 3 BW op dat moment uit de macht van de koper zijn gebracht.²⁴⁷ Daar staat tegenover dat schuldeisers er belang bij hebben dat een schuldenaar niet de mogelijkheid heeft om zijn onroerende zaken snel door een overdracht of een vestiging van een hypotheek aan het beslag te onttrekken.²⁴⁸ Het resultaat van deze belangenafweging is gevonden in een regeling waarin het – later ingeschreven – recht van de verkrijger van de zaak of het beperkte recht boven het – eerder ingeschreven – beslag gaat, doch slechts indien aan de twee in art. 505 lid 3 Rv gestelde voorwaarden is voldaan. De beslaglegger wordt dus uitsluitend in afwijking van de prioriteitsregel achtergesteld indien de akte betreffende de vervreemding of bezwaring vóór de inschrijving van het beslag was opgemaakt en de inschrijving van deze akte uiterlijk geschiedt op de eerste dag na het verlijden van de akte waarop het kantoor van de bewaarder van de registers is geopend.²⁴⁹ De ratio van deze uitzondering maakt duidelijk dat art. 505 lid 3 Rv toepassing mist ten aanzien van een leveringsbeslag.²⁵⁰ Het leveringsbeslag dient nu juist ter bescherming van een koper aan wie geen levering plaatsvindt. Indien het gaat om meerdere rechten op levering – bijvoorbeeld als gevolg van een dubbele verkoop – is er geen reden om de koper aan wie levering plaatsvindt te beschermen ten detrimente van de andere koper. Voor deze rangorde is steeds overeenkomstig de prioriteitsregel het tijdstip van de inschrijving beslissend.

Tot slot moet op deze plaats nog aandacht worden besteed aan de tot dusver in deze paragraaf onbeantwoord gebleven vraag naar de rangorde van een met een levering gelijktijdig ingeschreven leveringsbeslag. Aan het feit dat de in art. 505 lid 3 Rv opgenomen regeling is beperkt tot het verhaalsbeslag, kan een argument worden ontleend om deze kwestie in het voordeel van de leveringsbeslaglegger af te wikkelen. De bescherming die aan art. 505 lid 3 Rv ten grondslag ligt, strekt zich uitdrukkelijk niet uit tot leveringsbeslagen die tot de inschrijving niet-kenbaar zijn aan de koper. Het belang van de koper wordt derhalve niet voorgetrokken boven dat van een schuld-

246 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 230.

247 Het werd onwenselijk geacht dat de notaris zou moeten wachten met het doorbetalen van de koopsom totdat zekerheid bestaat dat de zaak op het tijdstip van inschrijving vrij van beslagen is. Daarmee wordt de gelijktijdige afwikkeling van verschillende transacties onmogelijk, terwijl een overdracht vaak onderdeel uitmaakt van een keten, die tot een reeks overdrachten en verhuizingen op één dag leidt. Dit argument is achterhaald door het arrest HR 30 januari 1981, NJ 1982/56, m.nt. W.M. Kleijn (*Baarns Beslag*).

248 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 230.

249 Voorts kan nog worden opgemerkt dat een verkoop en levering met uitsluitend als doel om een zaak aan het beslag van een schuldeiser te onttrekken in de sfeer ligt van de *actio pauliana*, als gevolg waarvan een dergelijke verkoop aan vernietiging blootstaat.

250 Zie PG Inv. Wijziging Rv, p. 335.

eiser die pretendeert ook een recht op levering te hebben. Bij de opheffing van het beslag kan dan nog worden vastgesteld wiens recht op levering op grond van art. 3:298 BW het sterkst is. Aangezien een belangenafweging tot de keuze heeft geleid dat niettegenstaande de niet-kenbaarheid het leveringsbeslag toch kleeft, dient de belangenafweging in het rangordeconflict van een gelijktijdig met de levering ingeschreven leveringsbeslag op dezelfde manier uit te vallen. Dat betekent dat een dergelijk beslag in rang voor de levering gaat. Steun voor deze opvatting kan worden gevonden in het feit dat de blokkerende werking van beslag ingaat vanaf het ogenblik van de inschrijving.²⁵¹ Een gelijktijdige inschrijving van een beslag met een levering om 9.00 uur leidt ertoe dat het beslag effect sorteert vanaf 9.00 uur en dat derhalve overdracht plaats vindt van een beslagen zaak. Ook in dat geval kan dan nog na de levering ter zake van de opheffing van het beslag worden vastgesteld of de beslaglegger bijvoorbeeld op grond van art. 3:298 BW een sterker recht heeft.

9.5 DE NOTARIËLE TUSSENKOMST IN VASTGOEDTRANSACTIES

Ter bevordering van de rechtszekerheid schrijft de wet voor de totstandkoming van bepaalde rechtshandelingen de notariële tussenkomst voor.²⁵² Zo heeft de wetgever voor de levering van onroerende zaken en de vestiging van beperkte rechten een waarborg voor deskundige behandeling noodzakelijk geacht en meende dat die alleen kon worden verkregen door de tussenkomst van een notaris voor te schrijven.²⁵³ De verplichte inschakeling van de notaris bevordert aldus de rechtszekerheid. De consequentie daarvan is dat aan de notaris een domeinmonopolie werd toegekend. Om de toegankelijkheid van de notariële diensten voor eenieder te waarborgen, is de notaris op grond van art. 21 lid 1 Wna ertoe gehouden zijn ministerie desverlangd te verlenen. Daar staat tegenover dat de notaris verplicht is zijn diensten te weigeren indien naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere geïntegreerde redenen voor weigering heeft.²⁵⁴

251 Zie ook Van Drunen, *WPNR* 2017/7148, die op p. 363 aan een geïsoleerde passage in de parlementaire geschiedenis nog een aanvullende reden voor deze uitleg ontleent. Deze reden overtuigt mij niet, in het bijzonder gelet op het door hem niet in het citaat op p. 362 weergegeven woord 'voorts'.

252 Zie PG Boek 3 BW, p. 349.

253 Zie PG Boek 3 BW, p. 349 ten aanzien van de in art. 3:89 BW vereiste notariële akte voor de levering van onroerende zaken.

254 Zie hierover Melis/Waaijer 2012, p. 39 e.v. Zie ook art. 6 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011, waarin nadere regels worden gesteld betreffende de toepassing van art. 21 lid 2 Wna.

Het verlenen van ministerie kan ertoe leiden dat een partij die bij de akte is betrokken wanprestatie of een onrechtmatige daad pleegt jegens een derde. De vraag rijst of een dergelijk gevolg een grond voor dienstweigering oplevert. Het handelen van de notaris is onderworpen aan de centrale tuchtnorm van art. 93 Wna die grofweg voorschrijft dat hij dient te handelen zoals een behoorlijk notaris betaamt. Zo moet hij ingevolge het bepaalde in art. 17 lid 1 Wna zijn ambt uitoefenen met de grootst mogelijke zorgvuldigheid. Het meewerken aan wanprestatie geldt in het licht van deze strenge tuchtnormen als een handelen in strijd met de eer en waardigheid van het notariaat.²⁵⁵ Op grond van het notariële tuchtrecht is de notaris daarom ertoe gehouden om dienst te weigeren indien hij ermee bekend is dat het passeren van de akte wanprestatie of een onrechtmatige daad tot gevolg heeft.²⁵⁶

Inmiddels is de tuchtrechter een enigszins andere koers gaan varen met het arrest van de Notariskamer van het Hof Amsterdam van 23 januari 2018.²⁵⁷ Het efficiënt en effectief optreden van een notaris werd bemoeilijkt door het feit dat de maatstaf voor tuchtrechtelijke aansprakelijkheid strenger was dan de maatstaf voor civielrechtelijke aansprakelijkheid.²⁵⁸ Dat kon tot gevolg hebben dat de notaris tuchtrechtelijk was gehouden dienst te weigeren, maar als gevolg van deze weigering civielrechtelijk aansprakelijk kon zijn. Het hof heeft om die reden de tuchtrechtelijke maatstaf in overeenstemming gebracht met de civielrechtelijke maatstaf.²⁵⁹

De kritiek op de strenge – inmiddels gewijzigde – tuchtrechtelijke koers was niet alleen dat de tuchtrechtelijke norm uit de pas liep met de civielrechtelijke,²⁶⁰ maar tevens dat deze leer ten aanzien van dienstweigering indruist tegen het systeem. Indien de notaris vanwege de schending van een contractueel recht van een derde zijn diensten weigert, dan leidt dat ertoe dat het contractuele recht *de facto* goederenrechtelijke werking krijgt.²⁶¹ Een kettingbeding krijgt bijvoorbeeld als de notaris het bij de levering niet toe-

255 Zie laatstelijk Hof Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685.

256 De tuchtrechtelijke jurisprudentie vertoont sinds de jaren 70 van de vorige eeuw deze strenge lijn die in de literatuur wordt gesteund door de zogenaamde ‘preciezen’. Ik verwijs voor een overzicht van de jurisprudentie naar de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479, m.nt. S. Perrick (*Novitaris*). Zie voor het standpunt van de preciezen en hun aanhangers Melis/Waaijer 2012, p. 48 en 49.

257 Hof Amsterdam 23 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:166.

258 Dat er verschillende maatstaven worden gehanteerd is vanuit de aard van de procedures goed te verklaren. Het tuchtrecht strekt er immers primair toe in het algemeen belang een goede wijze van beroepsuitoefening te bevorderen. In een civiele procedure gaat het uitsluitend om de beoordeling van civielrechtelijke aansprakelijkheid.

259 Daarmee is impliciet het standpunt van de ‘rekkelijken’ gevolgd die tegenover de ‘preciezen’ staan.

260 De voorstanders (de preciezen) van de strenge leer beschouwden het evenzeer als ongewenst dat de tuchtrechtelijke lijn afweek van de civielrechtelijke, doch hielden vast aan de strenge leer vanwege de positie van de notaris in het rechtsverkeer.

261 Zie voor deze kritiek met name Van Oostrom-Streep, *WPNR* 2006/6675 en *WPNR* 2012/6930 en Wibier, *WPNR* 2012/6922.

laat dat deze obligatoire plicht om de ketting door te leggen wordt gebroken, een zekere goederenrechtelijke werking. In het kader van dit onderzoek is van belang om te constateren dat in dat geval een verbintenisrechtelijk recht dat normaliter naar zijn aard achterstaat bij goederenrechtelijke rechten, mogelijksterwijs aldus toch aan de prioriteitsregel onderhevig wordt. Thans zal worden gezien in hoeverre het handelen van de notaris invloed heeft op het onderscheid tussen goederen- en verbintenisrechtelijke rechten en – in het verlengde daarvan – op de toepassing van de prioriteitsregel.

Het antwoord op de vraag of de notaris dienst moet weigeren indien hij aanleiding heeft te vermoeden dat rechten van derden in het gedrang komen, moet worden beantwoord aan de hand van de civielrechtelijke maatstaf die de Hoge Raad in het *Novitaris*-arrest heeft geformuleerd.²⁶² De Hoge Raad heeft de verplichting om dienst te weigeren in verband gebracht met de civielrechtelijke positie van een van de partijen bij de akte – in dit geval de beoogd verkrijger – ten opzichte van de betrokken derde. De notaris heeft immers onder bijzondere omstandigheden vanwege zijn functie in het rechtsverkeer een zorgplicht jegens derden.²⁶³ Het verlenen van zijn ministerie resulteert dan in een schending van zijn zorgplicht. In het kader van een levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht daarop is dat het geval indien:

‘de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij de levering of bezwaring.’²⁶⁴

De Hoge Raad noemt vervolgens twee voorbeelden van een dergelijk geval:

- (i) het recht van de derde wordt door een wettelijke regel als het sterkste recht aangewezen
- (ii) de beoogd verkrijger handelt onrechtmatig jegens de derde door levering of bezwaring te verlangen.²⁶⁵

262 De rechtsoverwegingen 3.4.2 tot en met 3.4.6 uit HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479, m.nt. S. Perrick (*Novitaris*) zijn door het Hof Amsterdam in zijn arrest van 23 januari 2018 in r.o. 6.4.6 ter vermijding van misverstanden integraal overgenomen. In HR 10 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850 heeft de Hoge Raad het criterium nogmaals herhaald.

263 Zie HR 23 december 1994, *NJ* 1996/627 en HR 15 september 1995, *NJ* 1996/629, m.nt. W.M. Kleijn.

264 De Hoge Raad hanteert hiermee hetzelfde criterium – rechtmatig belang – als de tuchtrechter in het arrest Hof Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685, zij het dat in deze tuchtaak hiermee een uitzondering op de dienstweigering wordt geformuleerd vanwege de schending van een rechtmatig belang van een bij de rechtshandeling betrokken partij.

265 A-G Rank-Berenschot noemt voorts nog als grond voor dienstweigering het geval waarin een onevenredig verschil bestaat tussen het belang van de koper bij nakoming en het belang van de derde bij het kunnen uitoefenen van zijn recht. Zie conclusie A-G, 2.28 voor HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479 (*Novitaris*).

Voor die laatste grond, zo voegt de Hoge Raad nog expliciet toe, is de enkele wanprestatie niet voldoende. Voor onrechtmatig handelen zijn op grond van vaste rechtspraak bijkomende omstandigheden vereist.²⁶⁶ Als een beoogd verkrijger pas vlak voor de overdracht kennis neemt van een contractueel recht van een derde – men denke aan een kettingbeding of voorkeursrecht dat na de recherche van de notaris aan het licht komt – dan handelt hij in beginsel niet onrechtmatig door levering te vorderen vrij van lasten en beperkingen die hij ten tijde van de koop niet kende. Men komt eerst in de sfeer van de onrechtmatigheid als de koper bijvoorbeeld het frustreren van het contractuele recht van de betrokken derde zou bevorderen of bewust zou profiteren van deze contractbreuk. Indien partijen eropuit zijn om wanprestatie tegen een derde te plegen, is dienstweigering geraden.²⁶⁷ Het bewust meewerken aan de onrechtmatige daad van de beoogd verkrijger leidt dan tot onrechtmatig handelen van de notaris zelf.²⁶⁸ In dat geval moet op straffe van zowel tuchtrechtelijke als civielrechtelijke aansprakelijkheid dienstverlening worden afgewezen.²⁶⁹

De andere door de Hoge Raad geformuleerde grond voor dienstweigering betreft het geval waarin aan een derde een sterker recht toekomt dan de beoogd verkrijger.²⁷⁰ Ook in dat geval wordt de beoogd verkrijger geacht geen rechtmatig belang te hebben en strekt de zorgplicht van de notaris zich uit tot de betrokken derde met het sterkere recht. Een dergelijke derde is bijvoorbeeld een koper die zijn koop heeft ingeschreven in de openbare registers op grond van art. 7:3 BW. Deze inschrijving verschaft hem in beginsel een sterker obligatoir recht dan beoogd verkrijgers wier koop niet is ingeschreven.²⁷¹ De notaris zal als gevolg van zijn recherche van de Vormerkung op de hoogte zijn en zijn ministerie moeten weigeren.²⁷²

266 Zie HR 17 november 1967, *NJ* 1968/42, m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*) en HR 17 mei 1985, *NJ* 1986/760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (*Curacao/Boyé*).

267 Zie Kleijn, *WPNR* 2002/6505, p. 702 en Huijgen, *WPNR* 2012/6954, p. 913.

268 Zie Huijgen, *JBN* 2014/19. Ook voor de zogenoemde ‘rekkelijken’ is het bewust meewerken aan een onrechtmatige daad een stap te ver. Zie Kleijn, *WPNR* 2002/6505, p. 702.

269 De criteria mogen weliswaar duidelijk zijn, de praktijk is weerbarstig. Men komt immers pas aan deze criteria toe wanneer de notaris aanleiding heeft te vermoeden dat er rechten van derden in het spel zijn. De vraag in hoeverre de zorgplicht van de notaris hem ertoe noopt om zich van het ontstaan van een mogelijke wanprestatie te vergewissen alsmede het inventariseren en het wegen van mogelijke bijzondere omstandigheden, laat ik buiten beschouwing. Zie hierover HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479, r.o. 3.4.5 en 3.4.6 (*Novitaris*).

270 Ook hier laat ik de vraag hoe de notaris zijn oordeel hieromtrent moet vormen verder rusten. Ik ga uit van de situatie dat deze feiten vaststaan.

271 Een uitzondering is van toepassing indien die koper ten tijde van de inschrijving van zijn koop het eerdere recht van de andere koper kende. Voor deze uitzondering moet aansluiting worden gezocht bij het onrechtmatige daadsvereiste in de zin van het in *Pos/Van den Bosch* ontwikkelde leerstuk.

272 Het feit dat de notaris in dit geval is gehouden om dienst te weigeren draagt bij aan de daadwerkelijke bescherming van de koper die van de Vormerkung gebruik heeft gemaakt. Zijn bescherming kan immers ondanks het in art. 7:3 lid 3 BW opgenomen rechtsgevolg in het gedrang komen indien niettemin wordt geleverd. Zie hetgeen daarover hierboven is opgemerkt op p. 231.

Ten onrechte wordt in de literatuur op grote schaal aangenomen dat een derde ook een sterker recht aan art. 3:298 BW kan ontleen.²⁷³ Hoewel deze bepaling de schuldeiser met een ouder recht op levering voorrang toekent boven die met een jonger recht, wordt met de toepassing in dit verband de strekking van deze bepaling miskend. Zoals hierboven in par. 9.2.2 is besproken, is met art. 3:298 BW uitsluitend beoogd te voorzien in een vuistregel voor de situatie waarin beide schuldeisers de levering aan de ander door het leggen van beslag hebben geblokkeerd.²⁷⁴ Op grond van de wettekst is immers voor de toepassing van deze vuistregel vereist dat de schuldeisers daadwerkelijk hun met elkaar botsende rechten op levering *vervolgen*. In een dergelijk geval moet de rechter een maatstaf hebben voor de opheffing van een van beide beslagen. Voor deze vastgelopen situatie kon naar oordeel van de wetgever een materieelrechtelijke regel moeilijk worden gemist.²⁷⁵ Bij gebrek aan een betere regeling heeft de wetgever uiteindelijk de keuze gemaakt voor de prioriteitsregel vanwege zijn duidelijkheid.²⁷⁶ Het voert te ver om deze goederenrechtelijke regel ook in andere situaties dan in de hiervoor genoemde impasse toe te passen. In het verbintenissenrecht is in het algemeen geen plaats voor de prioriteitsregel. Tussen beide schuldeisers met een recht op levering bestaat immers geen rechtsverhouding. Ieder heeft een geldig recht op levering waarvan nakoming kan worden verlangd, behalve indien met die nakoming onrechtmatig jegens de andere koper wordt gehandeld.

Hoewel de Hoge Raad in het *Novitaris* arrest wel een overweging wijdt aan art. 3:298 BW, volgt hieruit niet dat het betreffende artikel een wettelijke regel betreft die het recht van een derde als het sterkste aanwijst zoals bedoeld in de hierboven onder (i) genoemde grond. In het arrest bevestigt de Hoge Raad in dit kader uitsluitend de juistheid van de strekking van het oordeel van het hof dat een voorkeursrecht een recht op koop betreft en daarmee in de verhouding tot een recht op levering niet onder de toepassing van art. 3:298 BW kan worden gebracht.²⁷⁷ Dat betekent dat art. 3:298 BW niet analoog kan worden toegepast in een conflict tussen rechten van ongelijke aard.²⁷⁸ Uit deze overweging dient niet a contrario te worden afgeleid dat bij analoge toepassing van art. 3:298 BW de voorkeursrechtigde daarmee tevens een sterker recht zou toekomen. De Hoge Raad overweegt dat de *strekking* van het oordeel van het hof – te weten dat het recht van de koper in diens verhouding tot de voorkeursgerechtigde ingevolge art. 3:298 BW

273 Zie Heyman, *WPNR* 2015/7067, p. 557, Waaijer, *AA* 2015, p. 693 en Perrick, *MvV* 2015/12, p. 357. Zie ook de conclusie, 2.26 van A-G Rank-Berenschot voor het arrest.

274 De wetgever merkt bovendien op: 'Meer dan een vuistregel kan dit evenwel niet zijn'. Zie *PG Inv. Boek 3 BW*, p. 1397.

275 Zie *PG Inv. Boek 3 BW*, p. 1397.

276 Zie hierover uitgebreid p. 206.

277 Zie *HR* 3 april 2015, *NJ* 2015/479, r.o. 3.5.4 (*Novitaris*).

278 Daarmee brengt dit arrest niets nieuws op dit punt. Zie hierboven, p. 213. Analoge toepassing lijkt evenwel niet uitgesloten in conflicten tussen voorkeursrechten onderling, omdat het dan rechten van gelijke aard betreft.

in beginsel voorging – juist is en daarmee niet het oordeel als zodanig. Het oordeel als zodanig impliceert namelijk dat aan art. 3:298 BW juist wel een sterker recht kan worden ontleend. Het oordeel van het hof dat de Hoge Raad als juist bestempelt, is hetgeen in dit oordeel *besloten ligt*, te weten dat een voorkeursrecht in de verhouding tot een recht op levering niet onder het bereik van art. 3:298 BW valt. Dát oordeel is juist, aldus de Hoge Raad tot besluit.

Over de invloed van de notariële tussenkomst kan tot slot het volgende worden opgemerkt. De functie van de notaris in het rechtsverkeer verplicht hem onder bijzondere omstandigheden ook tot een zekere zorg voor de belangen van derden, waaronder bijvoorbeeld obligatoir gerechtigden. Die zorgplicht kan ertoe leiden dat hij gehouden is tot dienstweigering vanwege een mogelijke schending van een recht van een derde. Van de notaris kan immers vanwege zijn publieke taak, maatschappelijke rol en het vertrouwen dat hij geniet, worden verlangd dat hij oog heeft voor de rechten van derden. Daartegenover staat dat hij vanwege zijn monopoliepositie een zekere verantwoording heeft om niet te snel zijn ministerie te weigeren.²⁷⁹ Het Novitarisarrest verschaft aanknopingspunten voor de wijze waarop de notaris deze belangen in balans dient te houden voor het geval waarin rechten van derden in het gedrang dreigen te komen. Dat betekent dat een obligatoir recht van een derde aanleiding kan zijn voor dienstweigering, waardoor de schending van dat recht wordt voorkomen. In plaats van aangewezen te zijn op verbintenisrechtelijke sancties – doorgaans bestaande in het instellen van een schadevergoedingsvordering – wordt de positie van de obligatoir gerechtigde in die zin versterkt dat een later te vestigen goederenrechtelijke recht wordt tegengehouden. Het eigendomsrecht van de beoogd verkrijger komt vanwege de dienstweigering immers niet tot stand. Daarmee lijkt het obligatoire recht in de verhouding tot het goederenrechtelijke recht dat partijen beogen te vestigen – doch uitsluitend in die verhouding – werking te ondervinden van de prioriteitsregel. Dat is echter niet het geval. De plaats in de rangorde ontleent het obligatoire recht immers niet aan zijn totstandkomingstijdstip. De ouderdom van deze rechten is niet relevant. Bovendien is geen sprake van een goederenrechtelijk recht omdat de notaris de totstandkoming ervan heeft tegengehouden. Het recht van een derde is niet sterker omdat het ouder is, maar omdat de notaris zijn belangen waarborgt door zijn ministerie te weigeren. Het betreft een bescherming die zijn rechtvaardiging vindt in de positie van de notaris in het rechtsverkeer gelet op zijn publieke taak en maatschappelijke functie.²⁸⁰ Die positie brengt mee dat

279 De notaris die ten onrechte dienstweigert, kan voor de schade die daaruit voor partijen voortvloeit aansprakelijk worden gesteld. Ook indien hij zijn ministerie opschort en partijen naar de voorzieningenrechter verwijst, kan hij worden veroordeeld in de kosten van het kort geding. Zie Melis/Waaijer 2012, p. 42.

280 Ik verwijs naar de kernwaarden van het notariaat – te weten onpartijdigheid, onafhankelijkheid, integriteit, publieke verantwoordelijkheid, vertrouwelijkheid en deskundigheid – zoals besproken door Lekkerkerker 2010, p. 31-63

hij het obligatoire recht van een derde moet beschermen indien dat recht op grond van de wet als sterker recht wordt aangewezen of als jegens die derde een onrechtmatige daad dreigt te worden gepleegd als hij zijn ministerie wel verleent. Aan het sterkere recht van een derde dient een wettelijke bepaling ten grondslag te liggen – men denke aan de *Vormerkung* – waarmee de bescherming van dat recht op een uitdrukkelijke keuze van de wetgever berust. De notaris bevindt zich in de positie om deze bescherming te waarborgen. In het tweede geval gaat het om een onrechtmatige daad die is gelegen in het handelen van een partij dat als strijdig met de maatschappelijke betamelijkheid moet worden gekwalificeerd. Het past de positie van de notaris niet om aan een dergelijk handelen mee te werken.

9.6 SLOTSOM

In dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat de prioriteitsregel ook buiten het toneel van het goederenrecht treedt. Dat tekent zich in de eerste plaats scherp af in art. 3:298 BW. Daarin heeft de wetgever de prioriteitsregel tot uitdrukking gebracht in de verhouding tussen twee obligatoire rechten op levering. Aangezien tussen obligatoir gerechtigden in beginsel geen enkele relatie bestaat en ten aanzien van hun verhaalsrecht hun ouderdom evenmin een rol speelt, kan art. 3:298 BW worden beschouwd als een atypische prioriteitstoepassing. De keuze om dit conflict van botsende rechten op levering door de prioriteitsregel te laten beheersen, moet in samenhang met de introductie van het conservatoir leveringsbeslag worden beschouwd. Het leveringsbeslag heeft de mogelijkheid doen ontstaan dat twee kopers in een vastgelopen situatie verzeild raken nadat ieder van hen de levering aan de ander heeft geblokkeerd door het leggen van beslag. Het kwam de wetgever opportuun voor – na alle alternatieve opties te hebben afgewezen – om in dit conflict de prioriteitsregel in stelling te brengen. Er moet nu eenmaal een keuze voor de een of de ander worden gemaakt. Daarbij wordt de belangrijke kanttekening geplaatst dat het slechts een vuistregel betreft, waarbij ruimte wordt gelaten voor een andere uitkomst indien dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit. Aangezien voor deze pragmatische keuze verder geen argumenten kunnen worden aangedragen, dient het toepassingsbereik van dit artikel beperkt te blijven tot voornoemde impasse. Dat betekent dat de prioriteitsregel slechts in stelling kan worden gebracht indien beide schuldeisers hun recht op levering daadwerkelijk vervolgen. Voor analoge toepassing bestaat uitsluitend ruimte indien het obligatoire rechten van gelijke aard betreft. De beoordeling van de ouderdom van beide rechten dient in beginsel door een rechter in een bodemprocedure te worden gemaakt. De opheffing van een beslag heeft immers – ook voor derden – onherroepelijke gevolgen. Nadat aan een van de schuldeisers is geleverd – ook al staat vast of komt eerst later vast te staan dat hij de tweede koper is – valt aan art. 3:298 BW geen recht meer te ontleen. De andere koper zal zich uitsluitend met een actie uit onrechtmatige daad kunnen behelpen. Tenzij de

levering in een onrechtmatige daad jegens de andere koper zou resulteren, vormt het enkele bestaan van een oudere koopovereenkomst voor de notaris ook geen grond om zijn ministerie te weigeren.

De prioriteitsgedachte steekt eveneens de kop op waar obligatoire rechten door de wet met goederenrechtelijke elementen worden versterkt. Deze versterkingen berusten veelal op maatschappelijk-politieke overwegingen. Zo houdt het recht van de huurder onder omstandigheden stand tegen derden met een goederenrechtelijk recht. Nadere bestudering van het adagium 'koop breekt geen huur' maakt echter duidelijk dat de prioriteitsregel hier geen rol heeft. De huurder ontleent zijn bescherming immers niet aan het tijdstip waarop zijn huurovereenkomst is ontstaan. Art. 7:226 BW geeft hem de bevoegdheid om bij een vervreemding van de verhuurde zaak of de bezwaring ervan met een beperkt genotsrecht zijn huurrecht tegen de verkrijger in te roepen.

Een koper die zijn recht op levering in de openbare registers doet inschrijven, wordt gedurende zes maanden beschermd tegen de in art. 7:3 lid 3 BW genoemde gebeurtenissen en rechtstoestanden. De wetgever biedt met de Vormerkung de koper van een onroerende zaak bescherming vanwege de grote (financiële) belangen die veelal met de koop van een woning zijn gemoeid. Het rechtsgevolg van de Vormerkung houdt in dat een aantal limitatief opgesomde rechtsfeiten niet tegen de betreffende koper kan worden ingeroepen. Conform de prioriteitsregel wordt bepaald of het ingeschreven recht van de koper in rang voor een ander recht gaat, met als gevolg dat dit recht niet tegen de koper kan worden ingeroepen. De daadwerkelijke bescherming tegen deze rechtsfeiten wordt gewaarborgd door de notaris die op straffe van aansprakelijkheid is gehouden om beschikkingen in weerwil van een Vormerkung tegen te houden.

Ook de kwalitatieve verplichting is een voorbeeld van een rechtsfiguur die op het systeem een uitzondering maakt – als gevolg waarvan de prioriteitsregel het verbintenissenrecht binnendringt – waaraan een tegemoetkoming aan een praktijkbehoefte ten grondslag ligt. De wetgever heeft de mogelijkheid toegestaan om verplichtingen ten aanzien van een registergoed te doen overgaan op opvolgende verkrijgers. Voor deze derdenwerking van een overeenkomst is vereist dat deze verplichting in de openbare registers is ingeschreven. Vanaf dat tijdstip neemt dit obligatoire recht rang in conform de prioriteitsregel, zelfs in de verhouding tot persoonlijke rechten met betrekking tot het goed.

Een uitzondering op de toepassing van de prioriteitsregel maakt de wet op het terrein van rechtsvordering in art. 505 lid 3 Rv. Een verhaalsbeslaglegger wordt daar in afwijking van de prioriteitsregel achtergesteld bij verkrijgers van een goederenrechtelijk recht indien het beslag wordt gelegd na het passeren van de notariële akte en die akte uiterlijk de volgende werkdag wordt ingeschreven. Aan deze uitzondering ligt opnieuw een beschermingsgedachte ten grondslag, ditmaal ten behoeve van kopers en hun hypothecaire financiers die in het belang van een vlot verlopend rechtsverkeer zekerheid moeten hebben dat het goed na het passeren van de tot overdracht

streckende notariële akte niet meer blootstaat aan uitwinning door schuldeisers van de vervreemder.

Tot slot kan ook de notariële tussenkomst met zich brengen dat een obligatoir recht van een zekere versterking wordt voorzien. Op de notaris rust vanwege zijn functie in het rechtsverkeer, zijn maatschappelijke rol en het vertrouwen dat hij geniet een zorgplicht die zich onder omstandigheden ook tot derden met een eventueel obligatoir recht uitstrekt. Die zorgplicht jegens derden kan meebrengen dat hij zijn ministerie moet weigeren als gevolg waarvan de totstandkoming van een goederenrechtelijk recht wordt verhinderd. Van een prioriteitstoepassing is evenwel geen sprake omdat het goederenrechtelijke recht in het geheel niet tot stand komt en de rangorde niet door de volgorde van de totstandkomingstijdstippen wordt bepaald. Het recht van een derde komt in dit geval als sterkste uit de bus omdat de notaris zijn medewerking aan de totstandkoming van een goederenrechtelijk recht weigert.

10 | Conclusie

10.1 TYPISCHE TOEPASSING

De prioriteitsregel vindt zijn oorspronkelijke toepassing in de context van het goederenrechtelijke zekerhedenrecht. Vanwege de functie die een goederenrechtelijk zekerheidsrecht vervult – te weten de zekerheidstelling voor de terugbetaling van een schuld – komt de vraag naar de verhouding ten opzichte van andere rechten eerst aan de orde als een schuldeiser tot executie overgaat. Meervoudige bezwaring stuit goederenrechtelijk gezien niet op bezwaren en in beginsel kunnen meerdere zekerheidsrechten probleemloos naast elkaar bestaan. Dat wordt slechts anders voor zover ingeval van executie de executieopbrengst ontoereikend is om de vorderingen van de zekerheidsnemers volledig te voldoen. Voor dat geval doet de regel *prior tempore potior iure* tussen deze schuldeisers een rangorde ontstaan waarin zij worden gerangschikt naar de volgorde van de tijdstippen waarop hun rechten tot stand zijn gekomen. Het rangschikken van deze goederenrechtelijke rechten heeft als praktisch resultaat dat zij in de aldus naar ouderdom gerangschikte volgorde uit de executieopbrengst worden voldaan.

Door de eeuwen heen heeft de prioriteitsregel voor zijn onverkorte toepassing op het terrein van het zekerhedenrecht drie vermeldenswaardige gevaren te duchten gehad. Het betreft grofweg het gebrek aan publiciteit, het bestaan van generale zekerheidsrechten alsmede het bestaan van gepri-vilegieerde hypotheek. Alle gevaren zijn uiteindelijk (in zekere zin) bezwo-ren, maar hebben in belangrijke mate hun sporen nagelaten. Sterker nog, vanuit de ontwikkelingen – mede in hun onderlinge samenhang bezien – die deze drie gevaren teweeg hebben gebracht, heeft de rol die de prioriteits-regel vervult in het hedendaagse vermogensrecht gestalte gekregen. Aan de hand van een thematische behandeling van deze ontwikkelingen bespreek ik de functie van de prioriteitsregel en geef ik invulling aan zijn toepassing.

Publiciteit

In de eerste plaats heeft het ontbreken van publiciteit de toepassing van de prioriteitsregel onder druk gezet. Met de gebrekkige kenbaarheid van oudere zekerheidsrechten hangt namelijk een aantal problemen samen zoals dat van antedatering of anderszins frauduleus handelen alsmede perikelen omtrent het bewijs van het totstandkomingsmoment. Al in het Romeinse recht werd een zekerheidsrecht dat was gevestigd bij authentieke akte hoger gerangschikt dan een bij onderhandse akte gevestigde hypotheek. Hiermee werd beoogd om antedatering tegen te gaan, doch deze regel heeft de prio-

riteitsregel aanzienlijk ondermijnd en de kenbaarheid van oudere pandrechten (nauwelijks tot) niet vergroot. Hoewel in het Rooms-Hollands recht aan het vormvereiste werd vastgehouden en aan de vestiging van hypotheek enige vorm van registratie werd verbonden, is pas in het begin van de 19e eeuw door de inrichting van de openbare registers de kenbaarheid zeker gesteld. Daarmee is ten aanzien van zekerheidsrechten op onroerende zaken – dat als gevolg van gewoonterechtelijke invloeden het aan de hypotheek voorbehouden toepassingsgebied is geworden – de publiciteit gewaarborgd, waarmee in dat kader de prioriteitsregel is veiliggesteld. De Nederlandse wetgever heeft in 1838 uitdrukkelijk het publiciteitsbeginsel doorgevoerd, zulks in afwijking van de Franse traditie. De Franse wetgever keerde zich aanvankelijk tegen de inschrijvingseis van hypotheek, doch heeft het registratiegebrek in 1855 (weliswaar onvolledig) hersteld. In Duitsland was men doordrongen van het belang van de invoering van een systeem van registratie en schreef in het belang van de rechtszekerheid met betrekking tot de vestiging van hypotheek de inschrijving in het *Grundbuch* als constitutief vereiste voor.

Op de wijze waarop naar Nederlands recht de inschrijving wordt verwerkt, hetgeen voor een hypotheekrecht vanwege de rang die hij aan die inschrijving ontleent van groot belang is, valt het nodige af te dingen. In de eerste plaats is het tijdsbestek – te weten van 9.00 tot 15.00 uur – waarbinnen de ter inschrijving aangeboden stukken worden verwerkt tamelijk gering. Daarnaast is de wijze waarop het – als gevolg daarvan in toenemende mate voorkomende – geval van gelijktijdige inschrijvingen wordt afgewikkeld achterhaald. De keuze om aan te sluiten bij het willekeurige tijdstip van het verlijden van de akte, zoals ook naar Frans recht gebruikelijk is, moet in het licht van de mogelijkheid om stukken op geautomatiseerde wijze in te boeken worden verworpen. Goederenrechtelijke rechten worden immers gerangschikt naar de volgorde van hun totstandkomingsmoment en het enkele opstellen van de akte doet het recht nog niet tot stand komen. De werkwijze overeenkomstig het in de Duitse literatuur gehanteerde *Lokusprinzip* – waarbij in al zijn eenvoud de plaats op het betreffende blad in het *Grundbuch* de rangorde bepaalt – doet recht aan deze benadering, zij het dat deze methode niet altijd uitsluitend biedt. In het kader van gelijktijdige inschrijvingen dient uitsluitend het tijdstip van registratie van belang te zijn, niet het tijdstip waarop de notariële akte is verleden. Het tweede lid van art. 3:21 BW doet afbreuk aan de prioriteitsregel en moet daarom worden geschrapt. Daarvoor is wel vereist dat het tijdsbestek wordt verruimd waarbinnen ter registratie aangeboden stukken al dan niet voorwaardelijk worden ingeschreven en de inschrijving onmiddellijk wordt gepubliceerd, hetgeen gelet op de digitalisering tot de mogelijkheden behoort.

De publiciteit van pandrechten is in Nederland niet door middel van een openbaar register gewaarborgd. Lange tijd was voor de vestiging van zekerheidsrechten op roerende zaken vereist dat de bezwaarde zaak uit de macht van de debiteur werd gebracht. Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838 hield in navolging van de Code civil sterk vast aan de eis van

dépossession. Ook het Duitse recht stond met betrekking tot roerende zaken uitsluitend het recht van *Faustpfand* toe. De machtsverschaffing geeft ten aanzien van roerende zaken uiting aan het kenbaarheidsvereiste. Aangezien in de rechtspraktijk de eis van machtsverschaffing om diverse redenen als knellend werd ervaren, heeft het vuistpandrecht aanzienlijk aan betekenis ingeboet. Waar men in Duitsland binnen de kaders van de fiduciaire eigendomsoverdracht naar alternatieve constructies heeft gezocht, heeft de Nederlandse wetgever een verplichte vorm van publicatie losgelaten en het stille pandrecht toegestaan. Met het ontbreken van publiciteit is onlosmakelijk het gebruik van derdenbeschermingsbepalingen verbonden. Fraai is dit echter niet, omdat derdenbescherming resulteert in het tenietgaan van goederenrechtelijke rechten of – hetgeen bij pandrechten het geval is – in een rangverlaging van een stil pandhouder. De per 2006 in Frankrijk gekozen oplossing doet recht zowel aan de belangen van zekerheidsnemers en derdeverkrijgers als aan de toepassing van de prioriteitsregel. Door de introductie van een openbaar pandregister kan immers de rangorde duidelijk worden vastgesteld en wordt de toepassing van de prioriteitsregel niet meer door derdenbeschermingsregelingen gefrustreerd. Ook rangwisselingen kunnen met behulp van een register op een transparante manier worden bewerkstelligd. Een dergelijk register moge dan ten aanzien van roerende goederen zijn dienst bewijzen, met betrekking tot de verpanding van vorderingen heeft de Franse wetgever – evenals de Nederlandse – zo min mogelijk formaliteiten verlangd. Het gebrek aan iedere vorm van publiciteit met betrekking tot vorderingen staat in scherp contrast met de streng doorgevoerde publiciteit bij roerende zaken.

Die publiciteit is in het algemeen nu juist voor de legitimatie van de prioriteitsregel van fundamenteel belang. De rechtvaardiging van de hogere rang van de ouder gerechtigde is erin gelegen dat een jonger gerechtigde zich op de hoogte had kunnen stellen van het bestaan van het oudere recht. Enerzijds moet het publiciteitsbeginsel niet worden overschat. De kenbaarheid van eigendomsrechten op roerende zaken en vorderingen is immers beperkt. Anderzijds hebben de argumenten tegen registratie en publicatie bij de vestiging van zekerheidsrechten – te weten het feit dat dit administratieve rompslomp meebrengt en een belemmering vormt voor een vlot verloopend handelsverkeer – gelet op de digitalisering hun overtuigingskracht verloren.

Hoewel de gebrekkige kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten zich het sterkst deed gevoelen bij zekerheidsrechten, heeft de introductie van de openbare registers de publiciteit tot alle goederenrechtelijke rechten op onroerende zaken uitgebreid. Sindsdien is ook de vestiging van goederenrechtelijke genotsrechten aan de inschrijving in de registers onderworpen. Deze genotsrechten zijn dientengevolge voor zover zij in conflict komen met andere goederenrechtelijke rechten aan de prioriteitsregel onderhevig. Dat is gelet op de wijze waarop de prioriteitsregel in een dergelijk conflict in concreto gestalte krijgt niet zonder meer evident. In tegenstelling tot zekerheidsrechten, waar de prioriteitsregel resulteert in de vaststelling van de volgorde

waarin de gerechtigden uit de opbrengst worden voldaan, lijkt de ouderdomsvoorrang minder geschikt om conflicten tussen goederenrechtelijke genotsrechten te beslechten. Genotsrechten kunnen immers voortdurend en niet slechts eenmaal worden uitgeoefend en conflicten kunnen zich ook buiten executiesituaties voordoen. Genotsrechten kunnen op hun beurt weer worden onderverdeeld in rechten die wel of niet (geheel) het exclusieve en volledige gebruik omvatten. In het Romeinse recht wordt de toepassing van de prioriteitsregel niet bevestigd in de casuïstiek van goederenrechtelijke genotsrechten. Veeleer kan daaruit de oplossing worden afgeleid om geen rangorde te laten ontstaan, maar conflicten ofwel te voorkomen door de totstandkoming van een conflicterend recht te verhinderen, dan wel te reguleren door de vaststelling van een bevoegdhedenregeling. De prioriteitsgedachte lijkt men in het kader van botsende genotsrechten – hoewel voor deze veronderstelling geen steun is te vinden in de Romeinsrechtelijke bronnen – niet doelmatig te hebben geacht. Die doelmatigheidsgedachte lijkt ook bij Diephuis terug te komen. Hij sluit het conflict tussen een recht van erfdienstbaarheid en een hypotheek uit van de toepassing van de prioriteitsregel. Vanwege de aard van de verplichting van een erfdienstbaarheid ziet hij in dit conflict geen mogelijke benadeling van de hypotheekhouder gelegen en verdedigt dat de hypotheekhouder een erfdienstbaarheid ongeacht de totstandkomingsvolgorde moet respecteren.

Toch kan thans de toepassing van de prioriteitsregel in het kader van goederenrechtelijke genotsrechten niet meer worden ontkend. De systematisering van rechtsregels in de eerste codificaties van Frankrijk, Nederland en Duitsland heeft een onderscheid tussen goederen- en verbintenisrechtelijke rechten ten grondslag gelegd aan het burgerlijke recht. Goederenrechtelijke rechten – waar behalve pand en hypotheek ook de rechten van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheid toe worden gerekend – hebben absolute werking. Zij werken tegenover eenieder, daaronder eveneens begrepen gerechtigden tot rechten van latere datum. De werking van de prioriteitsregel is derhalve een uitvloeisel van het karakter van goederenrechtelijke rechten. De ouder goederenrechtelijk gerechtigde die overeenkomstig de toepassing van de prioriteitsregel een jonger recht niet tegen zich hoeft te laten gelden, dient zich te behelpen met het instellen van goederenrechtelijke of verbintenisrechtelijke rechtsvorderingen.

Generale hypotheken

Een ander euvel uit de erfenis van het Romeinse recht betreft de generale hypotheek. Dit zekerheidsrecht strekt zich uit over alle goederen die op het moment van vestiging tot het vermogen van de hypotheekgever behoren. Naar Romeinsrechtelijk uitgangspunt worden generale en speciale hypotheken zonder onderscheid gerangschikt conform de prioriteitsregel. Uit diverse bezwaren die aan de generale hypotheek waren verbonden is de gewoonterrechtelijke regel 'bijzonder gaat voor algemeen' geboren. Deze heeft sinds 1580 in het gewest Holland – destijds met uitzondering van Amsterdam – onomstreden rechtskracht gehad. In afwijking op de prioriteitsregel verkreeg

een speciale hypotheek op een onroerende zaak een hogere rang dan een generale hypotheek. In het verlengde van deze ontwikkeling ligt het specialiteitsbeginsel dat met Kempers Ontwerp van 1820 in Nederland werd geïntroduceerd. Het feit dat sindsdien iedere zaak afzonderlijk diende te worden verhypothekerd heeft als gevolg dat de rangorde tussen meerdere zekerheidsrechten opnieuw exclusief door de prioriteitsregel werd beheerst.

Geprivilegieerde hypotheeken

Van oudsher wordt de positie van bepaalde schuldeisers versterkt door middel van een zekerheidsrecht dat onafhankelijk van zijn totstandkomings-tijdstip de hoogste rang innam. Onder Romeins recht kwam een dergelijke geprivilegieerde hypotheek van rechtswege tot stand ten behoeve van onder meer de fiscus, de gehuwde vrouw bij de ontbinding van het huwelijk en schuldeisers die krediet hadden verstrekt voor kosten voor de aanschaf, het behoud of herstel van de bezwaarde zaak. Hoewel men deze geprivilegieerde hypotheeken al onder het Rooms-Hollands recht als bijzonder belemmerend heeft ervaren, heeft men zich hiervan niet weten los te maken. Ook in het Franse recht bleef de wettelijke hypotheek behouden die zonder registratie rang nam – daarmee mogelijk met terugwerkende kracht – naar zijn ontstaansmoment. Pas in 1955 werd ook met betrekking tot deze zekerheidsrechten de derdenwerking afhankelijk gesteld van inschrijving, waarmee zij onder de toepassing van de prioriteitsregel werden gebracht. Nadat men zich in Nederland met het Ontwerp van 1830 sterk had afgezet tegen de Franse beginselen, werden in het Burgerlijk Wetboek van 1838 in beginsel geen geprivilegieerde schuldeisers meer boven hypotheekrechten geplaatst. De beschermingsgedachte ten behoeve van bepaalde schuldeisers bleef wel bestaan, maar hun voorrechten genoten nog slechts voorrang boven schuldeisers zonder hypotheek. Van rechten die de prioriteitsregel ondermijnen is derhalve geen sprake meer. Thans zijn dergelijke voorrechten met bijbehorende rang ingepast in het preferentiesysteem van art. 3:278 e.v. BW.

Toch bestaan op de rangorde naar de volgorde van de tijdstippen van inschrijving in de registers enkele uitzonderingen. In een aantal specifieke situaties wordt ten behoeve van bepaalde schuldeisers van de prioriteitsregel afgeweken. Steeds ligt hieraan een beschermingsgedachte ten grondslag. Dat is bijvoorbeeld het geval in art. 3:261 lid 1 BW met betrekking tot de hypotheek voor onbetaalde kooppenningen. Deze afwijking strekt ter bescherming van de verkoper van een registergoed die aan de koper uitstel van betaling heeft verleend. Daarnaast voorziet de wet ook in bijzondere bescherming van een uittredende deelgenoot door voorrang toe te kennen aan de hypotheek voor de overbedelingssom bij verdeling.

De bescherming van de positie van deze twee schuldeisers wordt gerealiseerd door een rangversterking van het goederenrechtelijke zekerheidsrecht. Het burgerlijke recht laat ook gevallen zien waarin aan *verbintenisrechtelijke* rechten extra bescherming wordt toegekend, zelfs jegens goederenrechtelijke rechten. Die bescherming wordt in sommige gevallen gerealiseerd door goederenrechtelijke elementen toe te voegen aan de obli-

gatoire positie – zoals bij de Vormerkung en de kwalitatieve verplichting – waarmee deze rechten onder de toepassing van de prioriteitsregel worden gebracht. In andere gevallen – zoals het recht van de huurder – heeft de bescherming een meer absoluut karakter. Op grond van het adagium ‘koop breekt geen huur’ kan het obligatoire recht van huur tegen de verkrijger worden ingeroepen indien over de verhuurde zaak wordt beschikt. Dat betekent dat het recht van de huurder – afgezien van de toepassing van het huurbeding – zelfs tegen oudere hypotheeknemers kan worden ingeroepen.

10.2 ATYPISCHE TOEPASSING

De prioriteitsregel vervult eveneens een functie in conflictsituaties waarin zijn toepassing niet uit de wetsystematiek voortvloeit, maar voor zijn toepassing uitdrukkelijk door de wetgever is geopteerd. Een dergelijke atypische toepassing van de prioriteitsregel is in het goederenrechten terug te vinden bij de dubbele levering bij voorbaat. Indien een toekomstig goed meerdere malen bij voorbaat is geleverd, rijst bij het intreden van de beschikingsbevoegdheid van de vervreemder de vraag welke levering in een eigendomsoverdracht resulteert. Op basis van een uitdrukkelijke keuze van de wetgever wordt in een dergelijk geval conform de prioriteitsregel voorrang toegekend aan de oudste levering. De wetgever heeft – ten onrechte – gemeend dat deze regel uit het stelsel van de wet kan worden afgeleid. Hoewel de prioriteitsregel om die reden abusievelijk niet in de wet is beland, dient in de wijze waarop art. 3:97 lid 2 BW is geformuleerd – de latere levering wordt ten opzichte van de eerdere gerelativeerd – een bevestiging van zijn toepassing te worden gelezen.

Een evenzeer pragmatische keuze voor de prioriteitsregel, doch ditmaal wel uitdrukkelijk door de wetgever onderkend, is in het verbintenissenrecht terug te vinden in het kader van botsende rechten op levering. In de verhouding tussen schuldeisers met een recht op levering wordt aan het oudste recht voorrang toegekend. Voor deze toepassing van de prioriteitsregel is wel vereist dat de schuldeisers ook daadwerkelijk hun recht vervolgen en derhalve met elkaar in conflict raken. Het stilzitten van de ene schuldeiser, gevolgd door levering aan de andere – waarna art. 3:298 BW is uitgewerkt – heeft in beginsel een definitieve eigendomsoverdracht tot gevolg. Vanwege het uitzonderingskarakter van zijn toepassing in het verbintenissenrecht, fungeert de prioriteitsregel slechts als vuistregel. De wet laat de rechter dan ook de ruimte om tot een afwijkend oordeel te komen indien dat onder de gegeven omstandigheden uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit.

10.3 AANDACHTSPUNTEN

In het licht van het bovenstaande kan worden opgemerkt dat de prioriteitsregel een elementaire functie heeft als ongeschreven rechtsregel voor de vaststelling van de rangorde tussen conflicterende goederenrechtelijke rechten. Vanwege het stelsel van registratie en publicatie – dat voor de rechtvaardiging en de transparante toepassing van de prioriteitsregel van groot belang is – krijgt de prioriteitsregel evenwel niet de benodigde ruimte. De openbare registers zouden zo moeten worden ingericht dat het inschrijvingstijdstip ongeacht de openingstijden van de kantoren van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers overeenkomt met het tot op de minuut nauwkeurige tijdstip van aanbidding. De inschrijving kan weliswaar pas worden voltooid nadat door de bewaarder aan de inschrijvingsvereisten is getoetst, maar bij de uiteindelijke registratie kan worden aangesloten bij het oorspronkelijke aanbiddingstijdstip. Daarnaast moet de actualiteit van de informatie uit de registers worden verbeterd, zodat het uiteindelijk tot stand gekomen recht zijn rang ontleent aan het voor eenieder kenbare moment van aanbidding ter registratie. Een dergelijke werkwijze resulteert in de zuivere toepassing van de prioriteitsregel en is beter te verenigen met het absolute karakter en de publiciteit van goederenrechtelijke rechten.

Ook ten aanzien van pandrechten zou de kenbaarheid door een openbaar register moeten worden gegarandeerd om de werking van de prioriteitsregel te kunnen veiligstellen. Hoewel de introductie van een dergelijk register er niet toe zal leiden dat iedere pandnemer zich daadwerkelijk van het bestaan van oudere rechten vergewist, wordt de rechtszekerheid erdoor bevorderd. Een gebrek aan publiciteit is onlosmakelijk verbonden met derdenbeschermingsbepalingen. Een register snijdt een beroep op derdenbescherming de pas af, waardoor tot uitgangspunt wordt verheven dat de rechthebbende (pandnemer) en niet een derde ten koste van de rechthebbende wordt beschermd.

Tegen de functie die de prioriteitsregel vervult in zijn atypische toepassingskader bestaan in zijn algemeenheid geen bezwaren. Ter zake van conflicten waarin de wetgever een keuze heeft moeten maken voor een concrete rangorderegels, komt de bekrachtiging van de prioriteitsregel immers voort uit doelmatigheidsoverwegingen. Aangezien de prioriteitsregel in deze gevallen op een uitdrukkelijke keuze van de wetgever berust, dient zijn toepassing beperkt te blijven tot de betreffende conflictsituaties. Voor een systematische toepassing buiten de door de wetgever beoogde context is geen plaats en met analoge toepassing dient terughoudend te worden omgegaan. De prioriteitsregel heeft in deze toepassingsvorm bovendien geen dwingendrechtelijk karakter, maar functioneert slechts als vuistregel.

Summary

The first in time rule in property law

INTRODUCTION

In 213 A.D. Roman Emperor Caracalla determined that in accordance with the rule *prior tempore potior iure*, security rights encumbering the same asset rank in order of time. This means that in the context of priority disputes the first in time rule prevails. The maxim *prior tempore potior iure* has not lost any of its significance since then. In modern proprietary legislation the – uncoded – first in time rule determines the priority between competing security rights.

This thesis, which is divided into four parts, pertains to the function and range of the application of the first in time rule in property law. The first part focuses on the origin and development of the rule. In the second part the first in time rule is examined from a comparative perspective. As the absence of codification of the maxim is generally justified by the idea that it follows naturally from the legal system – more in particular the distinction between property and contract law – part three provides the rule with a proper motivation. Finally, the fourth part concentrates on the application of the *prior tempore* rule in modern Dutch law.

PART I: THE HISTORICAL CONTEXT

In *chapter 2*, which explores Roman law, it is discovered that the first in time rule was originally applied in the context of competing security interests. The Corpus Iuris made clear that all security rights – both *pignus* and *hypotheca*, as well as both special and general – were submitted to the rule *prior tempore potior iure*. The priority was settled in the order in which the rights had been created. Later developments show two contraventions on the strict application of the first in time rule. In the first place, probably as a result of the lack of publicity that caused, for example, antedating, Emperor Leo gave priority to any hypothec registered with the public authority or made formally before three witnesses. Those hypothecaries took priority over creditors with a privately created hypothec. In addition to this, the order of priority was influenced by legal hypothecs that enjoyed the privilege of priority. These security interests tended to strengthen the position of certain classes of creditors. They were created by operation of law and ranked above all other conventional security interests.

Chapter 3 shows another contravention, this one originating from customary law. According to the rule ‘special has priority over a general charge’, which could be found in the *Politieke Ordonnantie* during the 16th century in Holland, general hypothecs – over a whole group of properties – were considered after special hypothecs – over a special thing. In contravention to the first in time rule, under Roman-Dutch law special hypothecs took priority over general hypothecs, even if they were subsequently created. This aversion to general security interests led to the introduction of the principle of specialty in the first codification, stating that hypothecs could only be created over a single thing.

In the first Dutch Civil Code, as examined in *chapter 4*, not only the principle of specialty, but also publicity was implemented, taking leave of both general and legal security interests. All hypothecs had to be registered, which enabled third parties, including subsequent creditors, to verify the existence of any previous charges.

PART II: THE COMPARATIVE PERSPECTIVE

The German private law system (*chapter 5*) adheres to a distinction between personal and property rights. The German legislator considered the codification of the first in time rule to be unnecessary as it follows naturally from the legal system. Consequently, the application of the first in time rule is reserved for property rights. Paragraph 879 of the German Civil Code states that with regard to registered property, the order of priority is determined by the order of registration. In regard to security interests in movables, German law only allows the right of *Faustpfand*, with the result that the legal practice prefers the use of the transfer of ownership as a form of real security. Another main form of security is that of reservation of title. This form can be extended by combining the reservation of title clause with an additional processing clause by which the creditor allows the debtor to process the goods, but acquires ownership of the processed ones. Banks often demand that the debtor assigns all of his existing claims arising from his business. In general, the principle of priority is applied in order to solve conflicts. That implies that the anticipatory assignment of all existing claims would void any later processing clause. However, in that conflict, as far as it includes the processing clause, the right of the bank is considered to be breaching good morals and is therefore void.

The French (*chapter 6*) consensual transfer system does not require the transfer of possession. In principle, the consensus between parties suffices. However, in regard to registered property, registration is required for the transfer in order to have third party effect. If the transferor has contracted several parties, the ownership of registered property is passed to the party who has his right registered first. In regard to movable property, the transfer of

possession to the first contracted party prevents any subsequent party to acquire ownership based on the principle *possession vaut titre*. The first in time rule has no play in this priority dispute because the contracted parties do not have equal rights. After the transfer to the first party, the transferor is no longer entitled to transfer property to any subsequent party. Only on the basis of a completely different maxim, the subsequent party can acquire ownership.

Until 2006 French law, like German law, required the dispossession of the encumbered thing for the creation of security interests in movables. Nowadays parties can register the security interest, instead of resorting to dispossession. In accordance with the first in time rule, the time of registration determines the order of priority in case subsequent charges have been made. In regard to security interests in incorporeal property, the order of priority has since 2006 been determined by the order in which the contracts were made.

PART III: LEGAL SYSTEMATIC MOTIVATION

In *chapter 7*, the general view in which the first in time rule is justified by the principle of *nemo plus* is rejected. In my point of view the justification of the rule follows from the characteristics of property rights as opposed to personal rights. As property rights have third party effect, they prevail against subsequently created property rights. For a proper justification of the application of the first in time rule, it is required that rights are known by subsequent creditors. The publicity of property rights is not always guaranteed by the legal system. With regard to security interests in movables and – in particular – in incorporeal property the publicity loses out to the interests of business efficiency and its need for the most effective and least time-consuming way of creating security interests.

PART IV: MODERN APPLICATION

Chapter 8 concentrates on the modern application of the rule in Dutch property law. The Dutch Civil Code does not explicitly include a provision of the first in time rule. Though, article 3:21 DCC expresses the first in time rule in regard to registered property. This article applies the first in time rule by the way that rights are ranked in order of registration. If two rights are registered at the same time, the notarial deed that was drawn up first is given priority to. This exception to the first in time rule, caused by the way the land registry has been organized, goes against property law principles. In view of the possibilities of modern technology, the provision in which this exception to the first in time rule is stated should be deleted.

The DCC includes a few other exceptions to the first in time rule. They all intend to protect certain classes of creditors. Hypothecs, for example, as security for an unpaid purchase price as well as hypothecs that have been stipulated at the division and apportionment of a community of property are ranked above some other rights. Of more practical significance is the change of ranking by stipulation. In order to have complete third party effect it is assumed that everyone with a right on the same registered asset must agree with the new ranking order.

Pledges rank in accordance with the first in time rule as well. As the creation of a non-possessory pledge is not made public, subsequent pledgees are protected in such a way that they – if in good faith and in control of the encumbered thing – rank higher than the first pledgee. A provision like this causes the loss of a property right with the highest rank and is therefore objectionable. If non-possessory pledges, like in France, would have to be registered, there would be no need for such a provision. Besides, the change of ranking of pledges by stipulation would not be faced with dogmatic and practical difficulties.

Some of the first in time rule applications in the DCC do not follow from the legal system, but are simply based on the legislator's choice. The fact that, for example, in regard to the transfer of future property priority is given to the transferee to whom the future property had been delivered first, finds its basis in article 3:97 paragraph 2 DCC.

It should be mentioned that the first in time rule only applies in cases of mutually incompatible rights of different persons in relation to the same property. The consequence of its application depends on the nature of the right that proves to be the strongest. If the strongest right is a security interest, the creditor will sell the property unencumbered with subsequent rights, which then cease to exist. If a property right of enjoyment takes priority over others, the subsequent rights continue to exist, but must not interfere with the right of enjoyment. If necessary, the court shall order him, upon request of the entitled person, to withhold from interfering.

The DCC also includes personal rights that have some characteristics of property rights. The buyer's claim for the delivery of bought immovable property (article 7:3 DCC) for example, as well as qualitative obligations (article 6:252 DCC) have third party effect after registration and rank in accordance with the first in time rule. In addition, there are some personal rights, the lessee's for example, that are protected in such a way that the rights and obligations of the lessor pass to acquiring parties. As a result, in theory, the lessee even takes priority over previously created property rights.

In conflicts between two or more creditors pursuing conflicting claims for the delivery of the same asset, the legislator explicitly opted for the first in time rule to determine the ranking order. In principle, these kind of creditors have an equal right to be satisfied. However, the satisfaction in proportion to the value of their claims is no option as the performance is undividable. Therefore, in case both creditors pursue their claim, for pragmatic reasons, priority is given to the first creditor. That means that the first creditor acquires the property. The debtor is liable for the damage, which the other creditor suffers.

CONCLUSION

The first in time rule has both typical and atypical appearances. Its typical appearances follow naturally from the legal system and originate in Roman law of security interests. Its atypical appearances are based on the legislator's choice. In light of three later developments – publicity, specialty, privileges – the function and range of modern application of the first in time rule can be defined. First, the introduction of land registries in the 19th century extended its application from security rights to all registered property rights. Furthermore, this kind of publicity was useful to determine the order of registration properly. Publicity is very important for the justification of the first in time rule as well. Secondly, holding on to the principle of specialty made sure that no other rules such as 'special has priority over a general charge' endangered the force of the first in time rule. Finally, privileges inspired by the need to protect certain creditors explain the exceptions to the rule as well as the extension of its application to other fields than property law.

Literatuurlijst

Aa/De Smidt en Huussen 1968

J. Th. de Smidt en A.H. Huussen Jr., *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798: Stukken van algemene aard. De gedrukte ontwerpen van 1804 en hun voorgeschiedenis*, verzameld door H. Aa, Utrecht: Kemink 1968.

Abendroth, WPNR 2014/7029

R.J. Abendroth, 'Rangwisseling pandrecht door eigenlijke achterstelling', *WPNR* 2014/7029, p. 756-762.

Asbreuk-van Os, WPNR 2000/6386

M.M. Asbreuk-van Os, 'De regel 'koop breekt geen huur' in wetsvoorstel 26 098 vertoont (verborgen) gebreken', *WPNR* 2000/6386, p. 31-35.

Asser 1838

C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon*, 's-Gravenhage en Amsterdam: Gebroeders van Cleef 1838.

Asser-Abas 5-II (1997)

P. Abas, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Huur. Supplement op de zevende druk van bijzondere overeenkomsten 5-II, Huur en pacht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013

S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Bartels & Van Velten 5 2017

S.E. Bartels & A.A. van Velten, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2017.

Asser/Beekhuis 1975

J.H. Beekhuis e.a., Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Zakenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1975.

Asser/Hartkamp 4-II* 1985

A.S. Hartkamp, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II*. Algemene leer der overeenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.

Asser/Sieburgh 6-II 2017

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2017.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Van Mierlo 3-VI 2016

A.I.M. van Mierlo (m.m.v. K.J. Krzemiński), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2016.

Asser/Van Oven 1967

A. van Oven, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Zakenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1967.

Asser/Perrick 3-V 2015

S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel V. Gemeenschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Procesrecht/Asser 3 2017

W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017

H.J. Rossel & A.H.T. Heisterkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel II. Huur*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser-Scholten (Algemeen deel) 1974

P. Scholten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974 (oorspr. uitgave 1931).

Asser-Scholten II

P. Scholten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Tweede deel, Zakenrecht, 7e druk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1933.

Asser/Snijders & Valk 7-III 2016

G.M.F. Snijders & W.L. Valk, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Pacht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Aubry & Rau II

C. Aubry en C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae. Tome 2*, bewerkt door C. Rau en Ch. Falcimaigne, 5e druk, Parijs: Marchal et Billard 1897.

Aubry & Rau III

C. Aubry en C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae. Tome 3*, bewerkt door C. Rau en Ch. Falcimaigne, 5e druk, Parijs: Marchal et Billard 1900.

Aubry & Rau IV

C. Aubry en C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae. Tome 4*, 4e druk, Parijs: Cosse et Marchal 1871.

Aubry & Rau VI

C. Aubry en C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae. Tome 6*, bewerkt door E. Bartin, 5e druk, Parijs: G. Godde 1920.

Aynès & Crocq 2017

L. Aynès en P. Crocq, *Droit des sûretés*, Parijs: LGDJ Lextenso éditions 2017.

Bartels & Heyman, WPNR 1998/6306 en 6307

S.E. Bartels en H.W. Heyman, 'Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed', *WPNR 1998/6306 en 6307*, p. 192-196 en p. 207-210.

Basnage

H. Basnage, *Traité des hypothèques*, Parijs: André Cailleau 1724.

Baudry-Lacantinerie I

G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil, contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses. Tome I*, 11e druk, Parijs: Libraire de la Société du Recueil Sirey 1911.

Baudry-Lacantinerie & De Loynes I

G. Baudry-Lacantinerie en P. de Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil (XXIV). Du nantissement, des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée. Tome 1*, 3e druk, Parijs: Libraire de la Société du Recueil Sirey 1906.

Baudry-Lacantinerie & De Loynes II

G. Baudry-Lacantinerie en P. de Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil (XXIV). Du nantissement, des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée. Tome 2*, Parijs: Libraire de la Société du Recueil Sirey 1896.

Baudry-Lacantinerie & Saignat

G. Baudry-Lacantinerie en L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil (XVII). De la vente et de l'échange*, 2e druk, Parijs: Libraire de la Société du Recueil Sirey 1900.

Baur-Stürner-Bruns 2006

R. Stürner en A. Bruns, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 13e druk, Heidelberg: Müller 2006.

Baur-Stürner 2009

J.F. Baur en R. Stürner, *Sachenrecht*, 18e druk, München: Beck 2009.

Beekhoven van den Boezem, WPNR 2015/7072

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Reactie op "Rangwisseling pandrecht door eigenlijke achterstelling" van mr. R.J. Abendroth in WPNR 2014/7029', *WPNR* 2015/7072, p. 693-697.

Beekhoven van den Boezem & Goosmann 2010

F.E.J. Beekhoven van den Boezem en C.E. Goosmann, 'Centraal pandregister voor roerende zaken schiet zijn doel voorbij!', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid. Liber amicorum Mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, Deventer: Kluwer 2010, p. 43-55.

Berenschot, WPNR 1985/5730

E.B. Berenschot, 'Enige aspecten van de plaats van het vruchtgebruik in het vermogensrechtelijk systeem', *WPNR* 1985/5730, p. 170-179.

Berger, ZZP 2008

C. Berger, 'Haftungsrechtliche Verteilungsprinzipien an der Schnittstelle von Einzelzwangsvollstreckung und Insolvenz', *ZZP* 121 (2008), p. 407-426.

De Blécourt/Fischer

A.S. de Blécourt en H.F.W.D. Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, Groningen: Wolters 1967.

Bloembergen, WPNR 1983/5638

A.R. Bloembergen, 'Boekbespreking A.A. van Velten, Kopers en economische eigenaars van onroerend goed. Serie Recht en Praktijk nr. 35, Kluwer, Deventer 1982', *WPNR* 1983/5638, p. 57-60.

De Boer, NJB 1993

J. de Boer, 'Huizenkoop en notaris', *NJB* 1983, p. 1243-1244.

De Bordes e.a. 1815

T.C. de Bordes e.a., 'Rapport van de personele commissie, benoemd door Z.M., tot het onderzoek betreffende de geheele of gedeeltelijke afschaffing, of conservatie, der regten van zegel, registratie, griffie en hypotheek, 15 juli 1815', *Bijvoegsel tot het Staatsblad*, tweede deel, derde stuk, p. 1447-1508.

De Bosch Kemper 1864

J. de Bosch Kemper, *Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden, aan den Staten-Generaal aangeboden den 22sten november 1820*, Leiden: Van Leeuwen 1864.

Bourjon

F. Bourjon, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris, réduits en principes*, Parijs: Grangé & Cellot 1770.

Bouteiller 2007

P. Bouteiller, 'La publicité des gages sans dépossession', *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 2007, 15.

Brandsma 2006

F. Brandsma, "'Een basterd Code Napoleon'? Het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland', in: J. Hallebeek en A.J.B. Sirks (red.), *Nederland in Franse schaduw. Recht en bestuur in het Koninkrijk Holland (1806-1810)*, Hilversum: Verloren 2006, p. 221-247.

Breedveld & Kelterman, WPNR 2009/6817

H.M.I.Th. Breedveld en L.W. Kelterman, 'What's in a name?', *WPNR* 2009/6817, p. 859-863.

Broekveldt, WPNR 2004/6600 en 6601

L.P. Broekveldt, 'Koop registergoed, "Vormerkung" en beslag', *WPNR* 2004/6600 en 6601, p. 930-937 en p. 959-967.

Broekveldt, WPNR 2006/6675

L.P. Broekveldt, 'Problemen rond de 'Vormerkung', 'paritas creditorum' en rangorde', *WPNR* 2006/6675, p. 559-563.

Broekveldt 2010

L.P. Broekveldt, *Vormerkung, beslag, rangorde en de notaris (Ars Notariatus 144)*, Deventer: Kluwer 2010.

Broekveldt, RMThemis 2013

L.P. Broekveldt, 'Boekbeschouwing M.M.L. Harreman, Conservatoire beslagen tot afgifte en levering. Een studie naar de werking en problematiek van het 730-Rv beslag, mede in rechts-historisch perspectief', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2013-5, p. 232-249.

Bynkershoek

C. van Bynkershoek, *Observationes tumultuariae I-IV*, ed. E.M. Meijers en A.S. de Blécourt, Haarlem: Tjeenk Willink 1926-1962.

Cabrillac 1991

M. Cabrillac, 'Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers', *Mélanges Breton et Derrida*, Dalloz, editie 1991, p. 31-39.

Cabrillac e.a. 2015

M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac en P. Pétel, *Droit des sûretés*, Parijs: LexisNexis 2015.

Canaris 1978

C.W. Canaris, 'Die Verdinglichung obligatorischer Rechte', in: H.H. Jakobs e.a., *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag. Band 1*, Köln: Dr. Otto Schmidt 1978, p. 371-427.

Cerutti 1965

F.F.X. Cerutti, 'Het ontwerp Burgerlijk Wetboek van Joannes van der Linden (1807)' in: *Opstellen over recht en rechtsgeschiedenis (Hermesdorf-Bundel)*, Deventer: Kluwer 1965, p. 39-72.

Cerutti 1972

F.F.X. Cerutti, *Hoofdstukken uit de Nederlandse Rechtsgeschiedenis. Samenvattingen en teksten van zes colleges over bijzondere onderwerpen*, Nijmegen: Van den Bergh 1972.

Cleveringa 1938

R.P. Cleveringa Jzn, 'De ontwerpen -1816 en -1820', in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: Tjeenk Willink 1938, p. 277-307.

Cohen Jehoram, AA 1970

H. Cohen Jehoram, 'Johannes van der Linden (1756-1835)', AA 1970/9, p. 403-408.

Damsteegt-Molier, diss. 2009

F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom: een analyse aan de hand van de relativering van de levering c.p., de relatieve werking van de vernietiging op grond van de actio pauliana en van de blokkeringsregel bij beslag op roerende zaken* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom 2009.

Danos, diss. 2007

F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité* (diss. Parijs), Parijs: Economica 2007.

Dauids 1994

W.J.M. Dauids, *Mandeligheid en erfdiensbaarden* (Mon. Nieuw BW B-27), Deventer: Kluwer 1994.

Dernburg I (1888)

H. Dernburg, *Pandekten. Erster Band. Allgemeiner Teil und dingliche Rechte*, Berlin: Müller 1888.

Dernburg, Pandekten I (1894)

H. Dernburg, *Pandekten. Erster Band: Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, Berlin: Müller 1894.

Dernburg, Pfandrecht I (1860)

H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Erster Teil*, Leipzig: Hirzel 1860.

Dernburg, Pfandrecht II (1864)

H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Zweiter Band*, Leipzig: Hirzel 1864.

Diephuis I

G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, deel I*, Groningen: Wolters 1869.

Diephuis VI

G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, deel VI*, Groningen: Wolters 1880.

Diephuis VII

G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, deel VII*, Groningen: Wolters 1882.

Dinger, diss. 1919

W.N. Dinger, *Het zakelijk karakter van het recht van den eersten kooper* (diss. Utrecht), Groningen: M. de Waal 1919.

Den Dulk, diss. 1979

J.L. den Dulk, *Enkele beschouwingen over de aard en de betekenis van de zakelijke overeenkomst* (diss. Groningen), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1979.

Van Drunen, WPNR 2017/7148

M.M.G.B. van Drunen, 'Rangorde bij inschrijving van levering en beslag', WPNR 2017/7148, p. 360-366.

Eggers, WPNR 1939/3651

J. Eggers, 'Is de beslaglegger rechtverkrijgende van den beslagene?', WPNR 1939/3651 en 3652, p. 613-615 en 625-627.

Elvers 1854

R. Elvers, *Die römische Servitutenlehre dargestellt*, Marburg: Elwert 1854.

Ekkelkamp, WPNR 2016/7089

W.A. Ekkelkamp, 'Bemerkung(en) op de Vormerkung', WPNR 2016/7089, p. 7-15.

Van Es, diss. 2005

P.C. van Es, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf 2005.

Faber 1997

N.E.D. Faber, 'Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 179-221.

Faber & Vermunt 2010

N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, 'Het verleggen van grenzen bij het bepalen van de rangorde van pand of hypotheek' in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid. Liber amicorum Mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, Deventer: Kluwer 2010, p. 161-183.

Feenstra 1950

R. Feenstra, *Verkenningen op het gebied der receptie van het Romeinse recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1950.

Feenstra 1979

R. Feenstra, *Ius in re: het begrip zakelijk recht in historisch perspectief*, Den Haag/Zwolle: Universitaire Pers Leiden/W.E.J. Tjeenk Willink 1979.

Feenstra 1994

R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht: inleidende hoofdstukken*, Leiden: Brill 1994.

Feith, Themis 1897

P.R. Feith, 'Eene oude vraag. Beteekenis van art. 1354 B.W.', *Themis* 1897, p. 629-665.

Van Gaalen, diss. 2001

M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2001.

Gerver, RMThemis 2005

P.H.M. Gerver, 'Boekbeschouwingen R. Westrik, Koop breekt geen huur en het huurbeding', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2005/2, p. 118-120.

Van Gessel-de Roo 1991

M.J.E.G. van Gessel-de Roo, *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798: Zakenrecht 1798-1820*, Zutphen: Walburg pers 1991.

Gillessen, TvR 1967

J. Gillessen, 'De Belgische commissie van 1816 tot herziening van het ontwerp – Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden', *TvR* 35 (1967), p. 383-443.

Ginossar 1960

S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droit patrimoniaux*, Parijs: Pichon & Durand-Auzias 1960.

Van der Goot, diss. 1888

D. van der Goot, *De verhouding tusschen hypotheek en later gevestigde zakelijke rechten* (diss. Groningen), Groningen: Scholtens en zoon 1888.

Groenewegen

S. van Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, Leiden: David Lopez de Haro: 1649.

De Groot

H. de Groot, *Inleiding tot de Hollandsche rechts-geleerdheid* (1631), ed. F. Dovring, H.F.W.D. Fischer en E.M. Meijers, Leiden: Universitaire pers 1965.

Van Hall 1853

M.C. van Hall, *Mr. Joannes van der Linden en Mr. Jonas Daniël Meijer, als regtsgeleerden herinnerd*, Amsterdam: Van Hulst 1853.

Hamwijk, WPNR 2011/6874

D.J.Y. Hamwijk, 'Kenbaarmaking en feitelijke macht', *WPNR* 2011/6874, p. 133-140.

Harreman, diss. 2007

M.M.L. Harreman, *Conservatoire beslagen tot afgifte en levering: een studie naar de werking en problematiek van het 730 Rv-beslag, mede in rechtshistorisch perspectief* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom 2007.

Häsemeyer 2003

L. Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, Köln: Carl Heymanns 2003.

Van Hasselt 1987

W.J.C. van Hasselt, *Nederlandse Staatsregelingen en Grondwetten*, Alphen aan den Rijn: Samson 1987 (oorspr. uitgave 1840).

Van Hees 2001

J.J. Van Hees, 'Gedachten over Herverpanding' in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid. Insolad Jaarboek 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 227-238.

Van Hemel, diss. 1998

W.H. van Hemel, *Beschikken over een aandeel in een gemeenschap: een rechtsvergelijkende studie* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

Herman, diss. 1914

A. Herman, *Het karakter van ons hypotheekrecht, historisch beschouwd* (diss. UvA), Amsterdam: Ellerman, Harms & Co 1914.

Heyman, NTBR 2002/7

H.W. Heyman, 'Blaauboer/Berlips (HR 3 maart 1905). Een monument van dogmatische zuiverheid, maar de praktijk is sterker dan de leer', *NTBR* 2002/7, p. 298-307.

Heyman, WPNR 2009/6781

H.W. Heyman, 'Naar een verbeterde Vormerkung', *WPNR* 2009/6781, p. 1-6.

Heyman, WPNR 2015/7067

H.W. Heyman, 'Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (De Novitaris)', *WPNR* 2015/7067, p. 555-563.

Heyman & Bartels 2012

H.W. Heyman en S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties. Koop*, Den Haag: Boom 2012

Hockx, WPNR 2006/6664

J.W.A. Hockx, 'De voorrangsaantekening nader beschouwd. Reactie op "Enkele opmerkingen over de Vormerkung (art. 7:2 BW)" van mr. J.J. Dammingh in WPNR (2006) 6650', *WPNR* 2006/664, p. 342-345.

Hockx 2006

J.W.A. Hockx, *Koop en levering van vastgoed*, Den Haag: SDU 2006

Hoetink 1935

H.R. Hoetink, 'Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet', in: *Rechtskundige opstellen op 2 november 1935 door oud-leerlingen aangeboden aan Prof. Mr. E.M. Meijers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1935, p. 474-491.

Van Hoof, diss. 2015

V.J.M. van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2015.

Houwing 1940

Ph.A.N. Houwing, 'Overdracht van toekomstige rechten' in: Ph.A.N. Houwing & J. Wiarda, *Preadviezen over overdracht van toekomstige rechten* (Broederschap van Candidaat-Notarissen in Nederland en zijne Koloniën), Den Haag: Belinfante 1940, p. 1-99.

Huber

U. Huber, *Heedendaegse rechtsgeleertheyt, soo elders als in Frieslandt gebruikelijk*, Leeuwarden: Hero Nauta 1686.

Huijgen 1997

W.G. Huijgen, *Rechtszekerheid of rechtsbescherming? Oftewel: taak en plaats van de notaris in het vermogensrecht* (oratie), Deventer: Kluwer 1997.

Huijgen, NTBR 2002/5

W.G. Huijgen, 'Recensie R. Westrik, Koop breekt geen huur en het huurbeding, diss. Rotterdam 2001, Vermande/Den Haag 2001', *NTBR* 2005/5, p. 202-206.

Huijgen, WPNR 2007/6726

W.G. Huijgen, 'Dilemma bij de vormerkung: 'stempelen' of inhoudelijk toetsen?', *WPNR* 2007/6726, p. 843-847.

Huijgen, WPNR 2012/6954

W.G. Huijgen, 'De notaris en de kunst van "ieder het zijne"', *WPNR* 2012/6954, p. 910-916.

Huijgen, JBN 2014/19

W.G. Huijgen, 'De nieuwe verordening inzake dienstweigering van de KNB', *JBN* 2014/19.

Huijgen 2016

W.G. Huijgen, *Hypotheek* (Mon. BW nr. B12b), Deventer: Kluwer 2016.

Huussen 1975

A.H. Huussen Jr., *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798: Huwelijks- en huwelijksgoederenrecht tot 1820*, Bussem: Kemink 1975.

Jakobs-Schubert 1982

H.H. Jakobs en W. Schubert, *Die Beratung des Bürgerliches Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Sachenrecht III. Grundbuchordnung*, Berlin-New York: Walter de Gruyter 1982.

Jansen, GrOM 2008

J.E. Jansen, 'Potharst/Serrée in het Romeinse recht. Enige opmerkingen over het overdragen van een goed onder voorbehoud van een beperkt recht', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* XXV (2008), p. 75-91.

Jansen, AA 2014

C.J.H. Jansen, 'De invloed van het Bürgerliches Gesetzbuch (1900) op de Nederlandse beoefening van het privaatrecht in de eerste decennia van de 20e eeuw', *AA* 2014/7, p. 516-524.

Janssen, WPNR 2006/6685

J.F.M. Janssen, 'De levering bij voorbaat van toekomstige goederen', *WPNR* 2006/6685, p. 745-755.

De Jong, diss. 2006

Th.F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Kaptein, diss. 2016

F.J.L. Kaptein, *Pandrecht: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de gevolgen van het vuistloze en stille karakter van het pandrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom 2016.

Kaser 1968

M. Kaser, 'Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht', in: *Studi in onore di Giuseppe Grosso I*, Torino: Giappichelli 1968, p. 29-76.

Kaser I (1971)

M. Kaser, *Das römische Privatrecht I: das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München: Beck 1971.

Kaser II (1975)

M. Kaser, *Das römische Privatrecht II: die nachklassischen entwicklungen*, München: Beck 1975.

Kaser 1982

M. Kaser, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli: Jovene 1982.

Kaser/Wubbe

F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971.

Van der Keessel

D.G. van der Keessel, *Praelectiones juris hodierni ad H. Grotii introductionem ad iurisprudentiam hollandicam* (1800), ed. P. van Warmelo e.a., Amsterdam/Kaapstad: Balkema 1964.

Kleijn 1985

W.M. Kleijn, 'Bescherming van kopers van woningen', in: W.M. Kleyn en A.A. van Velten, *Bescherming van kopers van woningen* (preadviezen voor de gecombineerde jaarlijkse vergaderingen van de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht), Deventer: Kluwer 1985, p. 29-137.

Kleijn 1990

W.M. Kleijn, *Vruchtgebruik* (Mon. Nieuw BW B-10), Deventer: Kluwer 1990.

Kleijn, JBN 1994/49

W.M. Kleijn, 'Is een kort gedingvonnis een veilige titel voor levering?', *JBN* 1994/49.

Kleijn, JBN 1998/61

W.M. Kleijn, 'Het aan hypotheek accessoire pandrecht van artikel 3:254 BW en de rangwisseling', *JBN* 1998/61.

Kleijn, WPNR 1998/6319

W.M. Kleijn, 'De positie van de koper van een registergoed in het samenstelsel van wetgeving rond de dubbele verkoop', *WPNR* 1998/6319, p. 416-417.

Kleijn, WPNR 2002/6505

W.M. Kleijn, 'Mag de notaris zijn diensten verlenen als deze tussen een partij en een derde wanprestatie inhouden? Reactie op het artikel 'Notaris en tegengestelde belangen/vervolg' van mr. R.J. Holtman in WPNR (2002) 6501', *WPNR* 2002/6505, p. 701-702.

Koops, diss. 2010

E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht* (diss. Leiden), Waddinxveen: Boom 2010.

Koschaker 1953

P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München-Berlijn: Beck 1953.

Krzeminski, diss. 2013

K.J. Krzeminski, *Herverpanding* (diss. Rotterdam), Oisterwijk: Wolf 2013.

Krzeminski, WPNR 2016/7092

K.J. Krzeminski, 'Een afwijkende rangorde van pandrechten', *WPNR* 2016/7092, p. 75-81.

Van der Kwaak, TCR 2009/4

D.J. van der Kwaak, 'Beschikkingsonbevoegdheid, zaaksgevolg en relatieve nietigheid als mogelijke rechtsgevolgen van beslag', *TCR* 2009/4, p. 132-139.

Land 1899

N.K.F. Land, *Inleiding tot de verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1899.

Land III

N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, Deel III*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1902.

Larroumet 2006

C. Larroumet, *Les biens, droits réels principaux*, Parijs: Economica 2006.

Larroumet & Bros 2016

C. Larroumet en S. Bros, *Traité de droit civil. Tome 3. Les obligations: le contrat*, Parijs: Economica 2016.

Lekkerkerker 2010

G.J.C. Lekkerkerker, 'De notaris en zijn waarde: een kijk op het beroep, beroepsplichten en realiteiten van het hier en nu', in: G.J.C. Lekkerkerker, e.a., *De goede notaris. Over notariële deontologie* (Preadvies KNB 2010), Den Haag: SDU 2010, p. 17-63.

Lenel 1889

O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis II*, Leipzig: Tauchnitz 1889.

Van Leeuwen

S. van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands-regt* (1664), Amsterdam: Jan Boom 1732.

Levy 1951

E. Levy, *West Roman vulgar law: the law of property*, Philadelphia: American Philosophical Society 1951.

Locré I

J.G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, Tome I*, Parijs: Treuttel & Würtz 1827.

Locré XIV

J.G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, Tome XIV*, Parijs: Treuttel & Würtz 1829.

Locré XVI

J.G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, Tome XVI*, Parijs: Treuttel & Würtz 1829.

Loesberg 2001

E. Loesberg, 'De executerende pandhouder en het faillissement van de pandgever', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid. Insolad Jaarboek 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 239-248.

Lokin 1994

J.H.A. Lokin, 'De invloed van de Pandektistiek op het werk van Diephuis en Opzoomer', in: R. Pieterman (red.), *Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 29-42.

Lokin & Zwalve 2014

J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Louwman & Vos, JBN 2009/14

W. Louwman en J. Vos, 'Automatisering van de afdoening van notariële akten door het Kadaster', *JBN* 2009/14.

Louwman & Vos, JBN 2009/22

W. Louwman en J. Vos, 'Automatisering bij het Kadaster en de redactievrijheid van de notaris', *JBN* 2009/22.

Louwman & Vos, WPNR 2009/6817

W. Louwman en J. Vos, 'Reactie op "What's in a name?" van mr. H.M.I.Th. Breedveld en mr. L.W. Kelterman', *WPNR* 2009/6817, p. 863-864.

Loysau

C. Loyseau, *Traité du déguerpissement et délaissement par hypothèque*, 4e druk, Parijs: Abel l'Angelier 1615.

Lubbers, WPNR 1966/4904

A.G. Lubbers, 'Erfdienstbaarheden en kwalitatieve verbintenissen', *WPNR* 1966/4904, p. 203-206.

Luijten, WPNR 1992/6065

E.A.A. Luijten, 'De onverenigbaarheid in art. 3:21 lid 2 BW en de notariële ondertekening', *WPNR* 1992/6065, p. 724-727.

Malaurie & Aynès 2015

P. Malaurie en L. Aynès, *Les Biens*, Parijs: LGDJ Lextenso éditions 2015.

Malaurie, Aynès & Stoffel-Munck 2017

P. Malaurie, L. Aynès en P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, Parijs: LGDJ – Lextenso éditions 2017.

Malinvaud e.a. 2014

P. Malinvaud, D. Laszlo-Fenouillet en M. Mekki, *Droit des obligations*, Paris: LexisNexis 2014.

Mazeaud & Chabas/Picod 1999

H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Tome 3. 1e deel. Sûretés, publicité foncière*, bewerkt door Y. Picod, Paris: Montchrestien 1999.

Meijer, diss. 1884

J.C.F. Meijer, *De verhouding tusschen hypotheek en later gevestigde zakelijke rechten* (diss. Amsterdam), Amsterdam: Munster & Zoon 1884.

Meijers, diss. 1903

E.M. Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap* (diss. UvA), Den Haag: Belinfante 1903.

Meijers, WPNR 1912/2240 en 2243

E.M. Meijers, 'Zakelijke rechtsvorderingen en rechtsvorderingen uit onrechtmatige daad', *WPNR* 1912/2240 en 2243, p. 569-572 en 609-611.

Meijers, WPNR 1920/2629 en 2630

E.M. Meijers, 'Een nieuwe studie omtrent art. 1354 B.W.', *WPNR* 1920/2629 en 2630, p. 265-267 en p. 278-280.

Meijers 1948

E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht. Deel 1. De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire pers 1948.

Meijers 1957

E.M. Meijers, 'Overdracht tot zekerheid', opgenomen in: R. Feenstra e.a. (red.), *Bibliographie der geschriften van Prof. mr. E.M. Meijers*, Leiden: Universitaire pers 1957, p. 250-296.

Mellema-Kranenburg 1999

T.J. Mellema-Kranenburg, 'Vruchtgebruik algemeen', in: J.P.M. Stubbé, T.J. Mellema-Kranenburg, C.A. Kraan en I.J.F.A. van Vijfeijken, *Vruchtgebruik* (preadvies KNB), Lelystad: Koninklijke Vermande, Den Haag: KNB 1999, p. 15-64.

Melis/Waaijer 2012

B.C.M. Waaijer, *De notariswet*, Deventer: Kluwer 2012.

Mijnssen, WPNR 2009/6781

F.H.J. Mijnssen, 'HR 5 maart 1905 is vereeuwd', *WPNR* 2009/6781, p. 26-29.

Mijnssen & Van Mierlo 2009

F.H.J. Mijnssen en A.I.M. van Mierlo, *Materieel beslagrecht* (Mon. Privaatrecht 10), Deventer: Kluwer 2009.

Mollema, diss. 2013

A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud* (diss. Leiden), 's-Hertogenbosch: Boxpress 2013.

Mugdan I

B. Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil*, Berlin: Deckers 1899.

Mugdan III

B. Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band III: Sachenrecht*, Berlin: Deckers 1899.

MünchKomm/[auteur]

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 6 Sachenrecht (§§ 854-1296), WEG, ErbbauRG, München: Beck 2013.

MünchKommZPO/[auteur]

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2 (§§ 355-1024), München: Beck 2012.

Negusantius

A. Negusantius, *De pignoribus et hypothecis*, Lyon: Giunta 1549.

Nelissen, diss. 1880

A.P.L. Nelissen, *Huur en vervreemding* (diss. Leiden), 's-Hertogenbosch: Lutkie & Cranenburg 1880.

Van Nierop 1937

A.S. van Nierop, *Hypotheekrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1937.

Van Nispen, diss. 1978

C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.

Neostadius

C.M. van der Nieustad, *Utriusque Hollandiae Zelandiae Frisiaeque curiae decisiones* (1617), ed. Den Haag: Johannes en Daniel Steucker 1667.

Olthof 1988

M.M. Olthof, 'Overdracht van toekomstige vorderingen', in: M.S. Bijleveld, P. Neleman & W.J.G. Oosterveen (red.), *Recht vooruit. Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 121-137.

Van Oostrom-Streep, diss. 2006

N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom 2006.

Van Oostrom-Streep, WPNR 2006/6675

N.C. van Oostrom-Streep, 'Moet de notaris nu wel of niet dienst weigeren bij dreigende wanprestatie van een der partijen? De meest recente stand van zaken', *WPNR* 2006/6675, p. 565-567.

Van Oostrom-Streep, WPNR 2012/6930

N.C. van Oostrom-Streep, 'Hoe de tuchtrechter de aard van kettingbedingen vervormt: een oproep tot koerswijziging', *WPNR* 2012/6930, p. 361-368.

Opzoomer III

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard, Deel III*, Amsterdam: Gebhard 1876.

Opzoomer IV

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard, Deel IV*, Amsterdam: Gebhard 1879.

Out, diss. 2005

J.C. Out, *Vormen van accessoriëteit, een romanistische studie over het verschijnsel accessoriëteit bij het goederenrechtelijke zekerheidsrecht* (diss. Leiden), Nijmegen: GNI 2005.

Van Oven 1938

J.C. van Oven, 'Romeinsch recht en Nederlandsch burgerlijk recht na 1838', in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 327-345.

Van Oven 1948

J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden: Brill 1948.

Pauw

W. Pauw, *Observationes tumultuariae novae I-III*, ed. H.F.W.D. Fischer e.a., Haarlem: Tjeenk Willink 1964-1972.

Perrick, MvV 2015/12

S. Perrick, 'De ministerieplicht van de notaris wordt door de Hoge Raad gefundeerd op de civielrechtelijke positie van zijn cliënt', *MvV* 2015/12, p. 355-361.

Du Perron, diss. 1999

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, (diss. UvA 1999), Deventer: Kluwer 1999.

Peter, diss. 2007

J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.

PG Alg. Deel

C.J. van Zeven, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Algemeen deel. Voor-geschiedenis en algemene inleiding*, Deventer: Kluwer 1961.

PG Boek 3 BW

C.J. van Zeven e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 3. Vermogens-recht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 5 BW

C.J. van Zeven e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 5 Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 6 BW

C.J. van Zeven e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Huurrecht

A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth-Vinke, *Parlementaire geschiedenis huurrecht. Invoering van titel 7.4 van het Burgerlijk Wetboek per 1 augustus 2003 en de nadien tot 1 augustus 2006 ingevoerde wijzigingen*, Deventer: Kluwer 2008.

PG Inv. Boek 3 BW

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoe-ring Boek 3,5 en 6. Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

PG Inv. Boek 6 BW

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoe-ring Boek 3,5 en 6. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

PG Inv. Wijziging Rv

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoe-ring Boek 3,5 en 6. Wijziging van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rech-terlijke Organisatie en de Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 1992.

Piedelièvre 2000

S. Piedelièvre, *Traité de droit civil. La publicité foncière*, Parijs: LGDJ 2000.

Pitlo 1965

A. Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Haarlem: Tjeenk Willink 1965.

Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012

W.H.M. Reehuis e.a., Pitlo, *Het Nederlands Burgerlijk recht. Deel 3 Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Planiol/Ripert & Boulanger I

M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol, Tome I: Principes généraux, Personnes, Biens*, bewerkt door G. Ripert en J. Boulanger, 5e druk, Parijs: Pichon & Durand-Auzias 1950.

Planiol & Ripert/Picard III

M. Planiol en G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français. Tome III. Les biens*, bewerkt door M. Picard, 2e druk, Parijs: Pichon & Durand-Auzias, 1952.

Planiol & Ripert/Esmein VII

M. Planiol en G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français. Tome VII, obligations*, 2e deel, bewerkt door P. Esmein, 2e druk, Parijs: Pichon & Durand-Auzias, 1954.

Planiol & Ripert/Becqué XII

M. Planiol en G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français. Tome XII, suretés réelles, 1e deel*, bewerkt door E. Becqué, 2e druk, Parijs: Pichon & Durand-Auzias, 1953.

Planiol & Ripert/Becqué XIII

M. Planiol en G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français. Tome XIII, suretés réelles, 2e deel*, bewerkt door E. Becqué, 2e druk, Parijs: Pichon & Durand-Auzias, 1953.

Pleysier, JBN 2013/63

A.J.H. Pleysier, 'Vormerking en latere hypotheekverstrekking aan een derde', *JBN* 2013/63.

Pos, diss. 1970

A.G. Pos, *Hypotheek op roerend goed (bezitloos pandrecht)* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1970.

Pothier 1761

R.J. Pothier, *Traité des obligations, tome premier*, Paris: Chez Debure, Orléans: Chez Rouzeau-Montaut 1671.

Pothier 1767

R.J. Pothier, 'Traité de l'hypothèque' (1767), in: M. Bugnet, *Ceuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle*, Parijs: Cosse et Marchal, Henri Plon 1861.

Potjewijd, diss. 1998

G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie. Een romanistische studie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

Rank-Berenschot, diss. 1992

E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

Rapportage Wet koop onroerende zaken

A.L.M. Keirse e.a., *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Den Haag: Boom 2009.

Reehuis, diss. 1987

W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding van roerende zaken en vorderingen volgens het NBW: overeenkomsten en verschillen met zekerheidsoverdracht met beschrijving van het overgangsrecht* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Regelsberger 1859

F. Regelsberger, *Zur Lehre vom Altervorzug der Pfandrechte: Eine civilistische Abhandlung*, Erlangen: F. Enke 1859.

Regelsberger 1893

F. Regelsberger, *Pandekten. Ersten band*, Leipzig: Verlag von Duncken und Humblot 1893.

Roes, diss. 1970

J.B.M. Roes, *Hypotheek, een zakelijk recht* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1970.

Salomons, diss. 1997

A.F. Salomons, *2014 tot 1950: de geschiedenis tot 1950 van de vertrouwensbescherming bij overdracht van roerende zaken door een beschikkingsonbevoegde* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1997.

Santen, WPNR 1985/5752

A.H.M. Santen, 'Bescherming van kopers van woningen. Bespreking preadviezen', *WPNR* 1985/5752, p. 589-591.

Savigny 1814

F.C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg: Mohr und Zimmer 1814.

Savigny III

F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts. Dritter Band*, Berlin: Bei Veit und Comp 1840.

Van Schaick, WPNR 1994/6160

A.C. van Schaick, 'Botsende rechten op levering in kort geding', *WPNR* 1994/6160, p. 847-850.

Schoordijk, NJB 1983

H.C.F. Schoordijk, 'Boekbespreking A.A. van Velten, Kopers en economische eigenaars van onroerend goed (diss. Amsterdam 1982), Kluwer Deventer 1982', *NJB* 1983, p. 968-969.

Schöner-Stöber 2012

H. Schöner en K. Stöber, *Grundbuchrecht*, München: Beck 2012.

Schrage 1984

E.J.H. Schrage, *Koop breekt geen huur. Enkele grepen uit de geschiedenis van het geleerde recht inzake de gevolgen van de vervreemding van een verhuurde zaak*, Deventer: Kluwer 1984.

Schuijling, diss. 2016

B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige vorderingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016.

Schulz 1951

F. Schulz, *Classical Roman law*, Oxford: Clarendon 1951.

Simler & Delebecque 2016

P. Simler en P. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés, la publicité foncière*, Parijs: Dalloz 2016.

Sintenis 1836

K.F.F. Sintenis, *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*, Halle: Schwetzke und Sohn 1836.

Sirks, BIDR 1986

A.J.B. Sirks, 'La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang en droit romain classique et Paul. 5 'ad Plaut.' D. 20,4,13', in : *BIDR* 89 (1986), p. 305-326.

De Smidt 1966

J.Th. de Smidt, *Codificatie-perikelen* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1966.

De Smidt 1967

Joannes van der Linden, *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808*, heruitgave met enige nog onuitgegeven stukken, verzorgd door J.Th. de Smidt, Amsterdam: Graphic 1967.

Snijders 1980

W. Snijders, 'Botsende rechten op levering van eenzelfde goed', in: *Recht door zee, Liber Amoricum H. Schadee*, Zwolle: Tjeenk Willink 1980, p. 185-192.

Snijders 2014

H.J. Snijders, 'Beschikking in weerwil van een beslag, een kritische analyse van de rechtspraak over de blokkeringsregel', in: F.J. Beekhoven van Boezem e.a. (red.), *Groninger zekerheid. Liber amicorum Wim Reehuis*, Deventer: Kluwer 2014, p. 351-364.

Snijders & Rank-Berenschot 2017

H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2017.

Staudinger/[auteur]

J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch*; §§ 1-14, Berlijn: Sellier-de Gruyter 2013, *Buch I, Allgemeiner Teil*; §§ 164-240, Berlijn: Sellier-de Gruyter 2014, *Einleitung zum Sachenrecht*; §§ 854-882, Berlijn: Sellier-de Gruyter 2012, §§883-902, Berlijn: Sellier-de Gruyter 2013, §§1204-1296, *Schiffs-RG*, Berlijn: Sellier-de Gruyter 2009.

Stein, WPNR 1983/5652

P.A. Stein, 'Het recht op levering bij de koop van onroerend goed', *WPNR* 1983/5652, p. 309-316.

Stein, WPNR 2001/6460

P.A. Stein, 'Boekbespreking R. Westrik, 'Koop breekt geen huur' en het huurbeding. Prft Erasmus Universiteit 2001, uitgave Koninklijke Vermande (sdu) Den Haag', *WPNR* 2001/6460, p. 847-849.

Steneker 2012

A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. 12a), Deventer: Kluwer 2012.

Van Straaten 1992

J.C. van Straaten, *Kadaster, openbare registers en derdenbescherming*, Deventer: Kluwer 1992.

Struycken 2009

T.H.D. Struycken, 'Zekerheidsrechten en registratie', in: R.W. Clumpkens e.a., *Zekerhedenrecht in ontwikkeling* (preadvies KNB), Den Haag: SDU 2009, p. 115-186.

Stürner, JZ 2012

R. Stürner, 'Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik', *JZ* 2012/1, p. 10-24.

Suijling I

J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. Deel I: Algemene beginselen*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1948.

Suiling II

J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijke recht. Deel 2. Eerste gedeelte*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1934.

Suijling V

J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. Vijfde Stuk: Zakenrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940.

Van Swaaij, diss. 2000

J.H.M. van Swaaij, *Beschikken en rechtsovergang* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000.

Talsma, diss. 1930

J.J. Talsma, *Onze zoogenaamde zakelijke zekerheidsrechten: proeve eener publicatietheorie* (diss. Groningen), Assen: Van Gorcum 1930.

Taubenschlag 1955

R. Taubenschlag, *The law of Greco-Roman Egypt in the light of the papyri, 332 B.C. – 640 A.D.*, Warschau: PWN 1955.

Tekstra 2009

A.J. Tekstra, 'Bodembeslag door de fiscus', in: N.E.D. Faber, e.a. (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 573-588.

Telders e.a. 1935

C.H. Telders e.a., *De ontwerpen der commissie van de redactie der nationale wetgeving: het tweede boek van het burgerlijk wetboek, bewerkt door een aantal leden van het dispuut 'Nomos' te Leiden*, Den Haag: 1935.

Terré & Simler 2014

F. Terré en P. Simler, *Droit civil. Les biens*, Parijs: Dalloz 2014.

Van Velten, diss. 1982

A.A. van Velten, *Kopers en economische eigenaars van onroerend goed. Een privaatrechtelijke studie naar het recht van kopers van onroerend goed (al of niet tevens economische eigenaars) op juridische levering van het door hen gekochte en naar waarborgen welke economische eigenaars (anders dan krachtens beperkt zakelijk genotsrecht) hebben tegen ondergraving van hun economische eigendom* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1982.

Van Velten 2003

A.A. van Velten, 'Bescherming bij de overdracht van onroerende zaken', in: J. de Jong e.a., *Naar een meer positief stelsel van grondboekhouding* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2003, p. 11-48.

Van Velten 2009

A.A. van Velten, *Klik zei de muis en weg was het huis: kanttekeningen bij de toenemende invloed van elektronisch rechtsverkeer op het Nederlandse onroerend goed stelsel en de gevolgen daarvan voor het consumentenrecht, alsmede voor de kadastrale registratie en de notariële ambtsuitoefening*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Velten 2015

A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariatus 120), Deventer: Kluwer 2015.

Vieweg-Werner 2013

K. Vieweg en A. Werner, *Sachenrecht*, München: Verlag Franz Vahlen 2013.

Voet

J. Voet, *Commentarius ad Pandectas, in quo, praeter Romani juris principia ac controversiae illustiores, jus etiam hodiernum et praecipue fori quaestiones excutuntur* (1698), Geneve: Fratres de Tournes 1787.

Voorduin I,I

J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken. Deel I Algemene inleiding, stuk I*, Utrecht: Robert Natan akademie-boekhandelaar 1837.

Voorduin IV

J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandse wetboeken. Deel IV Burgerlijk Wetboek, Art. 877-1268*, Utrecht: Robert Natan akademie-boekhandelaar 1838.

Voorduin V

J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandse wetboeken. Deel IV Burgerlijk Wetboek, Art. 1269-2030*, Utrecht: Robert Natan akademie-boekhandelaar 1838.

Vriesendorp & Barendrecht 1993

R.D. Vriesendorp en J.M. Barendrecht, *Zekerheid door wetenschap* (oratie KUB), Deventer: Kluwer 1993.

Waaijer, AA 2015

B.C.M. Waaijer, 'Annotatie. De positie van de notaris in geval zijn bijstand zou leiden tot benadeling van derden', *AA* 2015/9, p. 691-695.

Wacke 1969

A. Wacke, 'Prozessformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendentenstreit', *TvR* 37 (1969), p. 369-414.

Wagner 1968

H. Wagner, *Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung*, Marburg: Elwert Verlag 1968.

Wagner 1974

H. Wagner, *Die Entwicklung der Legalthypothenken am Schuldnervermögen im römischen Recht (bis zur Zeit Diokletians)*, Keulen/Wenen: Böhlau 1974.

Weber 2015

R. Weber, *Sachenrecht II: Grundstücksrecht*, Baden-Baden: Nomos 2015.

Westermann-Gursky-Eickmann 2011

H.P. Westermann, K.H. Gursky en D. Eickmann, *Sachenrecht*, 8e druk, Heidelberg: Müller 2011.

Westrik, diss. 2001

R. Westrik, *"Koop breekt geen huur" en het huurbeding* (diss. Rotterdam), Den Haag: Koninklijke Vermande 2001.

Westrik, WPNR 2000/6395

R. Westrik, 'Koop breekt geen huur in het Ontwerp BW. Reactie op het artikel 'De regel 'koop breekt geen huur' in wetsvoorstel 26 089 vertoont (verborgen) gebreken' van mr. M.M. van Asbreuk-van Os in WPNR (2000) 6386', *WPNR* 2000/6395, p. 214-217.

Westrik, WPNR 2009/6798

R. Westrik, 'De blokkerende werking van beslag', *WPNR* 2009/6798, p. 383-385.

Wiarda 1940

J. Wiarda, 'Overdracht van toekomstige rechten', in: Ph.A.N. Houwing & J. Wiarda, *Preadviezen over overdracht van toekomstige rechten* (Broederschap van Candidaat-Notarissen), Den Haag: Belinfante 1940, p. 1-89.

Wibier, WPNR 2012/6922

R.M. Wibier, 'De notariële tuchtrechter vs. het wettelijk onderscheid tussen goederen- en verbintenissenrecht – opnieuw een nederlaag voor het recht', *WPNR* 2012/6922, p. 212-214.

Wieacker 1967

F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1967.

Wilhelm 2016

J. Wilhelm, *Sachenrecht*, 5e druk, Berlin: Walter de Gruyter 2016.

Windscheid/Kipp I (1906)

B. Windscheid en Th. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band*, Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Rütten & Loenig 1906.

Wolff, diss. 1894

M. Wolff, *Das beneficium excussionis realis* (diss. Berlijn), Berlijn 1894.

Zimmermann 1992

R. Zimmermann, 'Römisch-holländisches Recht – ein Überblick', in: R. Feenstra en R. Zimmermann, *Das römisch-Holländisches Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin: Duncker & Humblot 1992.

Zöller/[auteur]

Kommentar zur Zivilprozessordnung, Köln: Schmidt 2015.

Zwalve, WPNR 1982/5617

W.J. Zwalve, 'Enige opmerkingen aan de hand van een rechtsvraag, de convalescentie betreffende', *WPNR* 1982/5616 en 5617, p. 449-452 en 469-474.

Zwalve 1994

W.J. Zwalve, 'Enige opmerkingen over art. 3:242 BW', in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp en W.H.M. Reehuis (red.), *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994.

Zwalve 1998

W.J. Zwalve, 'Uit de geschiedenis van het Handelsrecht III 'Reputed Ownership', in: M.H. Claringbould e.a., *Van Beheering, 'goederenrechtelijke beschouwingen'*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 171-182.

Zwalve 2000

W.J. Zwalve, 'De tijd van het recht', in: I. Brand, e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid* (BW-krantjaarboek 16), Deventer: Gouda Quint 2000, p. 9-10.

Zwalve 2006

W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht I: Inleiding en zakenrecht*, Den Haag: Boom 2006.

Zwalve, GrOM 2010

W.J. Zwalve, 'Tekst & Uitleg XII: C. 8,13(14),2', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XXVII* (2010), p. 129-146.

Zwalve 2014

W.J. Zwalve, 'Hyperocha', in: F.J. Beekhoven van Boezem e.a. (red.), *Groninger zekerheid. Liber amicorum Wim Reehuis*, Deventer: Kluwer 2014, p. 517-534.

Zwanikken, WPNR 2010/6842

G.G. Zwanikken, 'Reactie op "What's in a name?" van mr. H.M.I.Th. Breedveld en mr. L.W. Kelterman en "Waarom terstond inschrijven geen gevolgen heeft voor uitbetaling derden-gelden" van mr. W. Louwman en mr. J. Vos, WPNR (2009) 6817, met naschrift van W. Louwman en J. Vos', *WPNR* 2010/6842, p. 375-377.

Trefwoordenregister

A

absolute karakter 130, 131, 133, 134, 142, 143, 145, 150, 171, 175, 190, 193, 194, 196, 259
absolute werking 1, 111, 129, 130, 131, 133, 140, 142, 150, 163, 170, 197, 201, 214, 215, 222, 226, 256
Abstract stelsel 73
actio Pauliana 200
actio Serviana 9, 11, 12, 13, 187, 192
afsplittingstheorie 122, 124, 154
akte van levering 151, 152, 153, 157, 158, 210, 211, 241
antedatering 17, 31, 138, 140, 164, 165, 253
authentieke akte 16, 17, 31, 37, 96, 104, 105, 106, 111, 113, 114, 138, 140, 141, 163, 253

B

beperkt genotsrecht 27, 28, 29, 31, 47, 56, 61, 159, 190, 220, 221, 250
beperkt recht 8, 11, 47, 61, 74, 82, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 146, 153, 155, 156, 157, 159, 160, 167, 187, 213, 221, 223, 227, 241, 245
beschikkingsbevoegdheid 36, 109, 117, 118, 121, 124, 126, 127, 153, 157, 163, 167, 168, 181, 182, 183, 185, 196, 207, 232, 258
beschikkingsonbevoegdheid 126, 166, 167, 182, 184, 186, 207, 211, 227, 228, 230
beslag tot levering 131, 202, 206, 226
bezitsverschaffing 8, 15, 26, 35, 74, 75, 76, 101, 102, 103, 106, 107, 111, 136, 167, 177
bijzonder gaat voor algemeen 39, 41, 256
blokkerende werking 228, 229, 240, 241, 243
bloot eigenaar 27, 28, 47, 48, 51, 53, 62, 130, 159, 221
bloot eigendom 21, 153, 154

C

causaal stelsel 73, 74, 181
cessie 76, 83, 85, 86, 104, 105, 111, 112, 115, 139, 140, 176, 182, 185
concurrente schuldeisers 52, 76, 80, 81, 82, 90
constitutieve overdracht 119, 120
constitutum possessorium 35, 71, 75, 76, 84, 101, 136, 137, 142, 162, 186
contractsvrijheid 92, 96, 106, 238
conventionele hypotheek 10, 35, 40, 41, 55, 95

D

debitor cessus 105, 111, 112, 113, 115, 140, 162, 182, 184
delingsactie 25, 30, 31, 179
dépossession 101, 103, 104, 105, 115, 136, 141, 168, 255
derdenbescherming 138, 169, 171, 184, 185, 210, 240, 255, 259
derdenwerking 49, 95, 96, 97, 99, 100, 103, 104, 106, 108, 110, 111, 113, 115, 116, 138, 142, 199, 236, 238, 250, 257
deurwaarder 240, 241
Dienst voor het kadaster en de openbare registers 144, 224, 240, 259
digitalisering 149, 150, 254, 255
doorlevering 208, 210, 211, 230, 231
droit de suite 130
dubbele verkoop 87, 93, 99, 100, 107, 108, 112, 131, 132, 199, 205, 208, 212, 226, 228, 230, 242

E

Einigung 74, 77, 79, 83, 84, 232
Eintragung 77, 78, 79
emphyteusis 21
erfdienstbaarheid 20, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 29, 30, 31, 47, 48, 51, 53, 56, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 99, 100, 108, 125, 129, 187, 191, 192, 193, 236, 237, 238, 256
erfpacht 21, 26, 27, 31, 48, 53, 62, 66, 121, 126, 190, 191, 217, 220, 221, 241, 256
executie 8, 13, 27, 28, 29, 32, 36, 40, 63, 64, 67, 69, 80, 81, 100, 114, 126, 156, 160, 175, 176, 178, 187, 188, 189, 190, 193, 196, 208, 218, 219, 221, 222, 229, 236, 238, 253
executiegeschil 131, 206
executieopbrengst 1, 176, 188, 189, 196, 253
executoriaal beslag 80, 90

F

faillissement 8, 82, 84, 117, 136, 172, 174, 175, 198, 223, 226, 227, 228, 230, 231, 236
fiducia 8, 83
fiduciaire cessie 76, 106, 112, 136, 140
fiduciaire eigendomsoverdracht 71, 76, 83, 136, 137, 138, 162, 172, 255

G

gage 93, 94, 100, 101, 103, 104, 136, 168
 gelijktijdige inschrijving 146, 149, 150, 151, 158, 243
 gemeenschap 24, 25, 30, 31, 179
 generale hypotheek 10, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 49, 51, 55, 57, 83, 94, 98, 113, 256
 geprivilegieerde hypotheek 18, 19, 31, 151, 257
Globalzession 83, 84, 85, 89, 140
 goederenrechtelijke overeenkomst 74, 77, 79, 181
 goede trouw 102, 104, 110, 135, 166, 167, 168, 169, 171, 184
Grundbuch 76, 77, 78, 79, 83, 87, 88, 90, 134, 172, 226, 232, 254

H

herverpanding 174, 175, 176
 huur 89, 114, 133, 212, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 250, 258
 huurbeding 190, 219, 221, 222, 223, 258
 hypotheekakte 151, 152, 157, 158, 160, 221
 hypotheek voor onbetaalde kooppenningen 51, 152, 153, 154, 155, 257
 hypotheek voor overbedelingssom 155

I

inschrijvingstijdstip 143, 150, 237, 259
 inspecteur 138, 163, 164

K

kenbaarheid 4, 17, 35, 103, 133, 134, 136, 138, 140, 141, 142, 164, 173, 178, 195, 231, 237, 238, 243, 253, 255, 259
 kettingbeding 236, 237, 244, 246
Konsensprinzip 232
 koop breekt geen huur 214, 216, 219
 kredietverstrekkers 101, 219, 222
 kusting 151, 152
 kwalitatieve verplichting 2, 145, 197, 234, 237, 238, 239, 250, 258

L

legale hypotheeken 10, 18, 36, 37, 39, 40, 41, 48, 55, 58, 59, 96, 97, 98
 levering bij voorbaat 180, 181, 182, 183, 184, 187, 196, 258
 leveringsakte 146, 210, 241
 leveringsbeslag 204, 208, 228, 229, 239, 241, 242, 249
 lichting 158, 159
Loi Dailly 112
Lokusprinzip 78, 79, 89, 254

M

meervoudige bezwaring 23, 124, 187
meubles n'ont pas de suite par hypothèque 94
 misbruik 30, 138, 140, 193

N

nantissement 93, 94, 95, 100, 101, 103, 104, 105, 112, 115, 141
 nemo-plusregel 4, 74, 89, 117, 118, 119, 123, 125, 127, 130, 142, 183, 185
 normaaltype 129
 notariële akte 94, 98, 147, 148, 157, 158, 159, 160, 163, 165, 177, 195, 210, 227, 237, 243, 251, 254
 notaris 17, 48, 79, 135, 147, 149, 163, 197, 210, 211, 213, 223, 227, 229, 232, 233, 234, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 250, 251
numerus clausus 89, 93, 239

O

obligatoir recht 87, 88, 198, 213, 222, 223, 239, 246, 248, 251
 onderzetting 34
 onrechtmatige daad 56, 194, 201, 206, 208, 213, 230, 244, 246, 249, 250
 ontbindende voorwaarde 67, 211
 openbare registers 95, 135, 138, 143, 147, 159, 163, 164, 165, 172, 173, 199, 202, 223, 224, 225, 232, 237, 240, 246, 250, 251, 254, 255, 259
 opschortende voorwaarde 11, 179, 181
 opstal 21, 27, 31, 53, 62, 66, 190, 191, 220, 221, 256
 overbedelingssom 155, 156, 157, 195, 257

P

pandakte 14, 163, 170, 173
 pandregister 138, 139, 164, 171, 172, 195, 255
paritas creditorum 81, 82, 116, 131, 132, 133, 198, 224, 234
par l'effet des obligations 92, 106
 persoonlijk recht 129, 131, 133, 198, 214, 225, 228, 229
 Politieke Ordonnantie 35, 38, 39, 40, 41
possession vaut titre 109, 115, 119, 199
 publiciteit 16, 34, 36, 57, 58, 60, 68, 77, 95, 97, 103, 108, 110, 111, 114, 115, 133, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 164, 166, 170, 171, 172, 173, 180, 253, 254, 255, 259

R

rangregeling 78, 188
 rangwisseling 79, 158, 159, 160, 161, 167, 172, 173, 174, 176, 195
 rechtsvordering 187, 191, 192, 193, 196, 239, 251

rechtszekerheid 40, 77, 79, 105, 133, 134, 135,
139, 141, 144, 164, 169, 170, 172, 186, 243,
254, 259
redelijkheid en billijkheid 203, 206, 214, 249,
258
registerpand 138, 139, 141, 170, 172
register van voorlopige aantekeningen 149,
150
registratietijdstip 144
registratievereiste 35, 96, 106, 136, 138, 140,
165
rei vindicatio 192

S

schadevergoeding 56, 133, 194, 200, 201, 204,
210, 213, 215, 230, 236
servituut 20, 23
solo consensu 107
speciale hypotheek 35, 37, 38, 39, 41, 49, 51,
257
specialiteit 34, 57, 59, 60, 68, 95, 96, 114
stellionatus 14
stil pandrecht 49, 101, 102, 138, 139, 162, 165,
166, 167, 169, 170, 180
stylesheets 149
superficies 21

T

Tempusprinzip 78, 79, 88
toekomstig goed 181, 183, 196, 258
totstandkomingsmoment 80, 163, 164, 178,
195, 253, 254
totstandkomingstijdstip 173, 249, 257
translatieve overdracht 119
translatieve werking 93, 107, 109, 113, 115,
199, 205

U

ususfructus 21

V

veertigste penning 35
veilingkoper 100, 126, 238
Veräußerung 119, 120
Verfügung 119, 120
verhaalsbeslag 208, 227, 228, 229, 230, 239,
241
verhouding rechter-wetgever
verlengd eigendomsvoorbehoud 83, 85, 140
verruimde Pauliana 200
voorbehouden hypotheekrecht 151, 153, 154
voorlopige voorziening 207
voorrechten 59, 83, 98, 114, 197, 257
vorderingsrecht 86, 105, 107, 111, 140, 178,
196, 212, 213, 235, 236
vordering tot herstel 193, 194
Vormerkung 2, 87, 88, 90, 145, 197, 202, 223,
224, 225, 226, 227, 230, 231, 232, 233, 234,
239, 247, 249, 250, 258
vruchtgebruik 20, 21, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 47,
48, 53, 56, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 109, 119,
120, 121, 126, 143, 166, 177, 178, 179, 189,
190, 191, 196, 217, 220, 221, 256
vuistpand 12, 15, 35, 36, 57, 75, 136, 162, 168,
179

W

wanprestatie 56, 131, 201, 213, 236, 244, 246
warrant 101, 102

Z

zaaksgevolg 10, 29, 35, 36, 94, 95, 102, 113
zaaksgevolgtheorie 228, 229, 230

Curriculum vitae

Laurens de Hoog werd op 28 juni 1990 geboren te Bergen op Zoom. Hij behaalde zijn VWO-eindexamen in 2008 aan het Mollerlyceum te Bergen op Zoom en begon in hetzelfde jaar met de studie Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden. In 2011 rondde De Hoog de bachelors Rechtsgeleerdheid en Notarieel recht af en in het daaropvolgende jaar de master Notarieel recht. Vanaf november 2012 was hij als PhD-fellow verbonden aan de afdeling Notarieel recht. In het kader van het onderzoek voor zijn proefschrift verbleef De Hoog korte tijd in Heidelberg en Poitiers. Per september 2018 is De Hoog werkzaam als kandidaat-notaris in Amsterdam.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2017 en 2018 verschenen:

- MI-274 E.J.M. Vergeer, *Regeldruk vanuit een ander perspectief. Onderzoek naar de beleving van deregulering bij ondernemers*, (diss. Leiden)
- MI-275 J.J. Oerlemans, *Investigating Cybercrime*, (diss. Leiden), Amsterdam: Amsterdam University Press 2017, ISBN 978 90 8555 109 6
- MI-276 E.A.C. Raaijmakers, *The Subjectively Experienced Severity of Imprisonment: Determinants and Consequences*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing, 2016, ISBN 978 94 0280 455 3
- MI-277 M.R. Bruning, T. Liefwaard, M.M.C. Limbeek, B.T.M. Bahlmann, *Verplichte (na)zorg voor kwetsbare jongvolwassenen?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2016, ISBN 978 94 624 0351 2
- MI-278 A.Q. Bosma, *Targeting recidivism. An evaluation study into the functioning and effectiveness of a prison-based treatment program*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016
- MI-279 B.J.G. Leeuw, F.P. Ölçer & J.M. Ten Voorde (red.), *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, ISBN 978 94 6290 392 0
- MI-280 J. Tegelaar, *Exit Peter Paul? Divergente toezichthoudersaansprakelijkheid in de Europese Unie voor falend financieel toezicht, gezien vanuit het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming*, (Jongbloed scriptieprijs 2016), Den Haag: Jongbloed 2017, ISBN 978 90 8959 129 6
- MI-281 P. van Berlo et al. (red.), *Over de grenzen van de discipline. Interactions between and with-in criminal law and criminology*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, ISBN 978 94 6290 390 6
- MI-282 J. Mačkić, *Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-283 D.V. Dimov, *Crowdsourced Online Dispute Resolution*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 0280 578 9
- MI-284 T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 413 0
- MI-285 A. Tonutti, *The Role of Modern International Commissions of Inquiry. A First Step to Ensure Accountability for International Law Violations?*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-286 W. de Heer, *Gelijkheid troef in het Nederlandse basisonderwijs*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 0280 697 7
- MI-287 J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2017, ISBN 978 94 6290 427 9, e-ISBN 978 94 6274 772 2
- MI-288 D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty. Designing an instrument to modernize international tax law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-289 L. Kovudhikulrungsri, *The right to travel by air for persons with disabilities* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-290 R. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017
- MI-291 M. Diamant, *Het budgetrecht van het Nederlandse parlement in het licht van het Europees economisch bestuur*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 555 7
- MI-292 R. Passchier, *Informal constitutional change: Constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-293 T. Leclerc, *Les mesures correctives aux émissions aériennes de gaz à effet de serre. Contribution à l'étude des interactions entre les ordres juridiques en droit international public*, Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-294 M. Fink, *Frontex and Human Rights. Responsibility in 'Multi-Actor Situations' under the ECHR and EU Public Liability Law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-295 B.A. Kuiper-Slendeboek, *Rechter over Grenzen. De toepassing en interpretatie van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-296 Y.N. van den Brink, *Voorlopige hechtenis in het Nederlandse jeugdstrafrecht. Wet en praktijk in het licht van internationale en Europese kinder- en mensenrechten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 683 7, e-ISBN 978 90 1314 684 4
- MI-297 M.L. Diekhuis-Kuiper, *Het woord en de daad. Kenmerken van dreigbrieven en de intenties waarmee ze geschreven werden*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Criminologie 2017, ISBN 978 94 6236 795 1

- MI-298 Y.N. van den Brink et al., *Voorlopige hechtenis van jeugdigen in uitvoering. Een exploratief kwantitatief onderzoek naar rechterlijke beslissingen en populatiekenmerken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2017, ISBN 978 94 6240 455 7
- MI-299 V. Borger, *The Transformation of the Euro: Law, Contract, Solidarity*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-300 N.N. Koster, *Crime victims and the police: Crime victims' evaluations of police behaviour, legitimacy, and cooperation: A multi-method study*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-301 Jingshu Zhu, *Straightjacket: Same-Sex Orientation under Chinese Family Law – Marriage, Parenthood, Eldercare*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-302 Xiang Li, *Collective Labour Rights and Collective Labour Relations of China*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 0280 924 4
- MI-303 F. de Paula, *Legislative Policy in Brazil: Limits and Possibilities*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 0957 2
- MI-304 C. Achmad, *Children's Rights in International Commercial Surrogacy. Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-305 E.B. Beenakker, *The implementation of international law in the national legal order – A legislative perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-306 Linlin Sun, *International Environmental Obligations and Liabilities in Deep Seabed Mining*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-307 Qiulin Hu, *Perspectives on the Regulation of Working Conditions in Times of Globalization – Challenges & Obstacles Facing Regulatory Intervention*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-308 L.M. de Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht*, (diss. Leiden), Vianen: Proefschrift-maken.nl 2018, ISBN 978 94 9301 964 5
- MI-309 E.S. Daalder, *De rechtspraakverzamelingen van Julius Paulus. Recht en rechtvaardigheid in de rechterlijke uitspraken van keizer Septimius Severus*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2018, ISBN 978 94 6290 556 6, ISBN 978 94 6274 946 7 (e-book)